بسم الله الرحمن الرحيم

جامعة آل البيت

كليـــة القـــانون

عنوان الرسالة

الشروط التعسفية في عقود الإذعان

(دراسة مقارنة)

The Arbitrariness Conditions In Adhesion Contracts

(A Comparative Study)

إعداد الطالب

محمد فواز صباح الآلوسي

الرقم الجامعي: ١٣٢٠٢٠٠٠٢٩

إشراف الأستاذ الدكتور: نائل علي المساعدة

قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص

٢٠١٥

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

قَالَ تَعَالَىٰ:

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم
بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾

(سورة النساء، الآية ٢٩)

وَقَالَ تَعَالَىٰ:

﴿ وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ ۝١ ٱلَّذِينَ إِذَا ٱكْتَالُواْ عَلَى ٱلنَّاسِ يَسْتَوْفُونَ ۝٢
وَإِذَا كَالُوهُمْ أَو وَّزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ ۝٣ أَلَا يَظُنُّ أُوْلَٰٓئِكَ أَنَّهُم
مَّبْعُوثُونَ ۝٤ لِيَوْمٍ عَظِيمٍ ۝٥ يَوْمَ يَقُومُ ٱلنَّاسُ لِرَبِّ ٱلْعَٰلَمِينَ ﴾

(المطففين: ١ – ٦)

التفويض

إني محمد فواز صباح الآلوسي، أفوض جامعة آل البيت بتزويد نسخ من رسالتي للمكتبات أو المؤسسات أو الأشخاص عند طلبهم حسب التعليمات النافذة في الجامعة.

التوقيع:

التاريخ:

جامعة آل البيت

كليـــة القانـــون

نوقشت هذه الرسالة (الشروط التعـــسفية فـــي عقـــود الإذعـــان) دراســـة مقارنـــة، بتـــأريخ ٢٠١٥/٧/٢١، وأجيزت بتاريخ ٢٠١٥/٧/٢١.

أعضاء لجنة المناقشة:	التوقيع
الأستاذ الدكتور نائل علي مساعدة (رئيساً ومشرفاً)	....
الدكتور نبيل فرحان الشطناوي (عضواً)	....
الدكتور جمال طلال النعيمي (عضواً)	....
الدكتور علاء الدين الخصاونة (عضواً خارجياً)	....

الإهـــــداء

إلى من أوصاني بهم ربي خيراً

إلى من كان لا يفتأ يردد ويقول (تعلم العلم تكن سيدا).......

﴿ والـدي رحمه الله تعالى ﴾

إلى القلب الكبير واليد الحانية التي لا تبرح تبتهل لي بالدعاء.....

﴿ والـدتي الحبيبة حفظها الله ورعاها ﴾

إلى عائلتي الصغيرة... الذين كانوا حافزاً ودافعاً لمواصلة مسيرتي العلمية

﴿ زوجتي وأبنائي وابنتي ﴾

إلى عائلتي الكبيرة الذين كانوا خير معينا لي بعد الله تعالى......

﴿ أخواني وأخواتي ﴾

إلى كل من تواصل معي بالتشجيع والدعاء،،

أهدي هذا الجهد المتواضع

الباحث

شكر وتقدير

الحمد لله الذي أعانني على إتمام هذا العمل وانطلاقاً من قول نبينا محمد صلى الله عليه وسلم (من لا يشكر الناس لا يشكر الله)، ومن إسناد الفضل لذويه أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى أستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور نائل علي المساعدة لتفضله بالأشراف على رسالتي وأولاني الاهتمام وقدم إلي المعلومات التي أسهمت في أثراء هذه الرسالة.

وكذلك أتقدم بالشكر والتقدير إلى الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة على جهودهم في دراسة الرسالة ومراجعتها والإشارة بملاحظاتهم القيمة التي هي عندي محل اهتمام وتقدير.

ولا يفوتني أن أتقدم بالشكر والتقدير إلى الهيئة التدريسية على ما قدموه من عون ومساعدة.

الباحث

فهرست المحتويات

عنوان الرسالة

الشروط التعسفية في عقود الإذعان

(دراسة مقارنة)

The Arbitrariness Conditions In Adhesion Contracts
(A Comparative Study)

إعداد

الطالب: محمد فواز صباح الآلوسي

إشراف

الأستاذ الدكتور نائل علي مساعدة

الملخص

تناولت في هذه الرسالة موضوع عقود الإذعان وما يرتبط بها من شروط تعسفية يفرضها الموجب على القابل ويستبعد معها كل نقاش، وكل ذلك في ظل القانون المدني الأردني والعراقي والمصري وبعض القوانين العربية الأخرى، وكيفية تنظيم هذه القوانين لهذه العقود.

تكونت الرسالة من تمهيد، الذي أشرت فيه إلى النشأة التاريخية لظهور عقد الإذعان والعوامل المؤثرة في هذه النشأة.

ومن ثم تناولت في الفصل الأول من الرسالة مفهوم عقد الإذعان والخصائص التي يتميز بها عن غيره من العقود، والطبيعة القانونية له، مثلما تناولت مفهوم الشروط التعسفية ومعاييرها وأنواعها، وتطرقت إلى بعض العقود التي قد تتشابه لأول وهلة مع عقد الإذعان، ومن ثم بينت نقاط التشابه والاختلاف بينهما، كما تناولت نماذج من الشروط التعسفية في بعض العقود كعقد التأمين الذي يعده الفقه عقدا من عقود الإذعان، وعقد بيع السلم الزراعي وعقد بيع السفيه وذو الغفلة اللذان لا يعتبران من عقود الإذعان لكنهما يشتركان معه بالشروط التعسفية، وتطرقت إلى معالجة الشروط التعسفية في قوانين حماية المستهلك كالقانون الفرنسي والمصري والعراقي ومشروع قانون حماية المستهلك الأردني.

أما الفصل الثاني من هذه الرسالة فقد تحدثت فيه عن الأثر المترتب على التعسف في عقود الإذعان وعن سلطة المحكمة في التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية ومن ثم تقدير الحماية التشريعية والقضائية لعقد الإذعان.

وبعد ذلك فقد توصلنا إلى العديد من النتائج التي كان من أهمها عدم تنظيم المشرع الأردني والعراقي والمصري، لعقود الإذعان على الرغم من أهميتها، وعدم قيامه بوضع تعريفا محددا وشاملا لمفهوم عقد الإذعان وكذلك لمفهوم الشروط التعسفية.

أما التوصيات فقد ذكرت جملة من المقترحات التي تمنيت أن يكون عليها الواقع التشريعي والقضائي للنهوض بحماية الطرف الضعيف والحد من الإذعان والتي كان من أهمها تبني المشرع سواء في الأردن أو في العراق أو في مصر،تنظيم أحكام عقد الإذعان بشكل يتلائم مع التطور الحاصل في المجتمعات من الناحيتين الاقتصادية والاجتماعية والتي أفرزت الحاجة لهذه العقود.

والله ولي التوفيق

المقدمة:

الحمد لله الموصوف بالكمال، علم الإنسان ما لم يعلم ونزل الكتاب الكريم لا يعلوه كتاب ولا يسبقه علم ولا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه، وصلى الله على معلم البشرية الأول حبيبنا وسيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيراً، ورضي الله عن صحابته وأهل بيته ومن اتبع نهجه إلى يوم نلقاه... وبعد،

فإن مبدأ سلطان الإرادة هو المبدأ السائد (قديماً) وكان أساساً لإبرام العقود، حيث كان الأفراد يبرمون ما يشاؤون من العقود في حدود المشروعية، وكان لا يتصور عدم تحقيق العدالة العقدية آن ذاك ما دامت الإرادة المتعاقدة حرة لأنها أدرى بمصلحتها ولا تقبل بنود لا تحقق هذه المصلحة.

لكن بعد انفجار الثورة الصناعية وظهور طبقتين هما الطبقة القوية اقتصاديا والطبقة الضعيفة، أثر ذلك على إرادة الطبقة الضعيفة وجعلها تقبل بإبرام عقد مهما كانت شروطه، فالإرادة الحرة أصبحت مقيدة من قبل المتعاقد القوي ومستغله ضعفه في إبرام عقود غير عادلة من حيث الالتزامات، ثم تلت ذلك الثورة التكنولوجية وكثرة الإنتاج وتطور أساليب البيع وأصبح المجتمع استهلاكي أكثر من ذي قبل، وأن من وضع القانون المدني لم يتصور هذا التطور فكان العقد عندهم يلجأ إليه المالكين والتجار وليس الأفراد وكان هؤلاء على دراية بكل العقد، لهذا حماية الإرادة أو التراضي اقتصرت على منع (الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال)، فجاء القانون بقواعد تحمي تراضي المتعاقدين، فالمشرع اهتم بالإرادة وحماها من جهة وقيدها من جهة أخرى، وان النظام العام حاجز لمبدأ سلطان الإرادة وإطلاق حريتها وكان سبب هذا التقييد لأن الحرية المطلقة مؤدية للاستغلال فظهرت الشروط التعسفية المفروضة، وهذا التقييد هو في الحقيقة يحمي المصلحة العامة والخاصة في نفس الوقت لأن الإرادة الحرة قد تضر بالمصلحة العامه عند إبرامها عقود مخالفة للنظام العام كما أنها قد تضر بالمصالح الخاصة بإدراجها في العقود امتيازات لا يتمتع بها المتعاقد الآخر وبالتالي يختل التوازن العقدي بسبب الشروط التعسفية التي ترد في هذه الطائفة من العقود، حيث يصبح المتعاقد الضعيف تحت طائلة الطرف القوي اقتصاديا ليس لضعفه اقتصاديا فحسب إنما لقلة خبرته في مجال التعاقد، لهذا تعالت الأصوات لفرض حماية للمتعاقد الضعيف من الشروط التعسفية في عقود الإذعان وذلك لتوفير حماية اجتماعية للمجتمع بذاته، حيث تمكن القضاء والفقه والتشريع من إيجاد نظرية الإذعان وذلك لحماية المتعاقد الضعيف اقتصادياً من خطر

الشروط التعسفية وكان نتيجة ذلك قيام المشرع بتقديم نصوص لهذا الغرض، لكن هناك أسئلة لم تزل بحاجة إلى إجابة وافية، فهل أن النصوص التشريعية التي أوردها المشرع تعد كافية لهذا الغرض؟ وهل أن سلطة القاضي تتناسب مع الحماية المطلوبة للطرف المذعن؟ وهل للقاضي أن يتدخل من تلقاء نفسه لتعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان أو الإعفاء منها؟ وهل أن قبول الطرف المذعن وموافقته على ما ورد فيها من شروط تعسفية يلغي سلطة القاضي في تعديل هذه الشروط أو الإعفاء منها؟ كل هذا يستدعي من المشرع بأن يقوم بتنظيم أحكام عقد الإذعان بشكل ملائم لأن تدخله الحالي لم يكن بصورته الكاملة والمباشرة كونه أناط بالقاضي مهمة تعديل ما يتضمن عقد الإذعان من شروط تعسفية عن طريق السلطة (التقديرية والجوازية) للقاضي ويبدو إن تدخل المشرع هذا بحاجة إلى إعادة النظر في صياغة النصوص القانونية الخاصة بحماية الطرف المذعن في هذه الطائفة من العقود، وهذا ما سنحاول تبيانه في هذه الدراسة التي سنتناول فيها المحاور التالية:

مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة الدراسة في النقاط التالية:

١. أن أحد الطرفين (الموجب)، يكون من القوة الاقتصادية التي تمكنه من فرض إرادته على الطرف الآخر (المذعن)، فيعرض عليه شروطاً معدة بشكل مسبق يتعين عليه قبولها أو رفضها جملة واحدة بدون مناقشة.

٢. عدم معالجة المشرع الأردني والعراقي والمصري عقود الإذعان بصورة كاملة ومباشرة، وكذلك السلطة الممنوحة للقاضي غير كافية لمواجهة الشروط التعسفية سيما إن هذه العقود مطبوعة بصيغة تنطوي على كثير من الدقة والتعقيد وبصورة يصعب فهمها من عامة الناس وتتضمن عادة شروطا كثيرة لصالح الطرف الموجب.

٣. عدم تعريف المشرع لـ(الشرط التعسفي)، مما يقتضي معه تحديد متى يكون الشرط تعسفيا من ناحية ومتى يكون العقد إذعانا من ناحية أخرى. وكذلك عدم تعريفه لـ(عقد الإذعان) رغم انه رتب آثارا قانونيه بالغة الأهمية عليه تتعلق بتفسيرها من ناحية وبتعديل الشروط التعسفية الواردة فيها من ناحية أخرى.

عناصر المشكلة:

١. ما هو مفهوم عقد الإذعان؟

٢. ما هو مفهوم الشرط التعسفي؟

٣. متى يكون الشرط تعسفياً؟ ومتى يكون العقد إذعاناً؟

٤. من الذي يقرر أن العقد يعتبر من عقود الإذعان وانه يتضمن شروطا تعسفية؟

٥. هل يتحقق التوازن العقدي المطلوب في العقود بين الطرفين عقد الإذعان؟

٦. هل إن التشريعات الحالية وسلطة القاضي كافية للحد من الإذعان؟

فرضيات الدراسة:

١- إن عقد الإذعان يعني تقديم الموجب شروط العقد على الطرف الآخر دون قبوله مناقشة هذه الشروط فأما أن يقبلها كاملة أو يرفضها كاملة.

٢- إن قوة المركز الاقتصادي للطرف الموجب يسبغ على العقد صفة الإذعان.

٣- إن الاحتكار القانوني أو الفعلي للسلع والخدمات الضرورية تجعل للطرف الموجب يفرض شروطا تعسفية على الطرف الآخر.

٤- إن فرض أحد المتعاقدين شروطه على الطرف الآخر دون أن يسمح له بتعديل بعض الشروط والأحكام تجعل العقد يفتقر إلى التوازن المطلوب في العقود الأخرى.

٥- إن الواقع العملي قد فرض اشتراط الاحتكار في عقود الإذعان لاسيما العقود المبرمة بشأن خدمات الماء والكهرباء والنقل والوقود، الأمر الذي أدى إلى ارتباط فكرة الإذعان في الظروف الاقتصادية والاجتماعية مما جعلها فكرة اقتصادية أكثر منها قانونية.

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى تحديد مفهوم عقد الإذعان من جهة، ومفهوم الشروط التعسفية التي ترتبط به من جهة أخرى، ومن ثم إيجاد معيار لهذه الشروط، والحد من تسلط الطرف القوي

(الموجب) وتحكمه بالطرف الضعيف (القابل) من خلال فرضه شروطا مسبقة لا مجال لمناقشتها، وهذه الشروط تخص حاجات وخدمات لاغنى عنها، وكذلك تنظيم هذه العقود بصورة مباشرة من قبل المشرع وأن لايترك الأمر لسلطة القاضي التقديرية فحسب، وكل ذلك من أجل توفير حماية قانونية كافية للطرف المذعن.

أهمية الدراسة:

للدراسة أهمية كبيرة في تحويل ربط فكرة عقود الإذعان بالظروف الاقتصادية والاجتماعية التي تحيط دائرة التعاقد، إلى ربط هذه الفكرة بالنصوص القانونية لاسيما أن هذه النصوص جاءت صريحة وواضحة في تحديد القبول في عقد الإذعان ونطاقه، وتوفير السبل الكفيلة لحماية الطرف الضعيف في التعاقد بما ينسجم مع غايات التشريع بعيدا عن التمسك والتقيد بشروط لا أساس قانوني لها.

منهجية الدراسة:

سوف يقوم الباحث باستخدام المنهج الوصفي التحليلي من خلال استقراء الآراء الفقهية والنصوص القانونية الواردة في القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي، مبينا مواضع الضعف والخلل محللاً ما تؤول عليه من مساس بحقوق الطرف المذعن وما نأمل أن يكون عليه الواقع مستقبلاً مستلهماً من ذلك النتائج والتوصيات.

تقتضي دراسة الشروط التعسفية في عقود الإذعان تقسيم هذا البحث إلى فصلين مسبوقين بمقدمة وتمهيد، حيث سنتناول في الفصل الأول التعسف في عقود الإذعان والذي سيقسم إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول ماهية عقد الإذعان الذي سيتألف من مطلبين، نتعرض في المطلب الأول إلى التعريف بعقد الإذعان، وفي المطلب الثاني الطبيعة القانونية لعقد الإذعان، وفي المبحث الثاني ماهية الشروط التعسفية الذي سيقسم إلى مطلبين، المطلب الأول التعريف بالشروط التعسفية ومعاييرها وأنواعها، وفي المطلب الثاني أمثلة على الشروط التعسفية في بعض العقود، أما الفصل الثاني فسنتناول به الأثر القانوني المترتب على التعسف في عقود الإذعان والذي سيقسم إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول تفسير الشروط التعسفية الغامضة في عقد الإذعان والذي سيتألف من مطلبين نتعرض في المطلب الأول إلى سلطة القاضي في تفسير عقد الإذعان وفي المطلب الثاني التفسير الضيق والواسع لعقد الإذعان أما

المبحث الثاني فسنتناول به تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان والذي سيتألف من مطلبين نتعرض في المطلب الأول إلى سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية وفي المطلب الثاني عدم سريان الشرط التعسفي على الطرف المذعن.

الدراسات السابقة:

١- **الحيصة، علي مصلح (٢٠١١)، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان: الأردن.**

تناول الباحث في رسالته سلطة القاضي في التعديل والإعفاء من الشروط التعسفية في عقود الإذعان وكذلك تناول سلطة القاضي في تفسير عقد الإذعان وأهمية التفسير وأنواع التفسير، وتطرق إلى اختلال التوازن العقدي بين طرفي العقد.

لم يتطرق الباحث إلى التعريف بالشروط التعسفية ومتى يعتبر الشرط تعسفيا حيث استغرق الباحث في سلطة القاضي بالتفسير وأهمية التفسير دون أن يبين الحلول الدقيقة للحد من الشروط التعسفية للعقد محل الدراسة.

٢- **عامر قاسم أحمد (١٩٩٨)، الحماية القانونية للمستهلك، (أطروحة دكتوراه)، كلية القانون، جامعة بغداد، بغداد: العراق.**

تناول الباحث في هذه الأطروحة حقوق المستهلك وسبل الحماية القانونية للمستهلك وبين بعض القصور التشريعي في هذه السبل موضحا الطرق النموذجية للحماية القانونية له.

لم يتعرض الباحث في أطروحته إلى مفهوم عقد الإذعان وكذلك لم يبين معنى التعسف في هذه العقود.

٣- **الطيب محمد أمين (٢٠٠٧)، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير)، جامعة بن علنون، الجزائر.**

تناولت الدراسة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك وماهية هذه الشروط وطبيعتها القانونية وتأثيرها على رضا الطرف القابل.

ولم يتعرض الباحث للشروط التعسفية في عقود الإذعان وكذلك لم يبين ماهيـة عقـود الإذعان والطبيعة القانونية لهذه العقود.

٤- **حسين عبد الله عبد الرضا (٢٠٠٩)، اختلال التوازن لعقدي النـاجم عـن لـشروط التعسفية، دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير)، كليه القانون جامعـه بغـداد، بغـداد: العراق.**

تناول الباحث في هذه الدراسة العقود الرضائية والنموذجية المقترنة بشروط تعسفية ولم يبين الباحث ما هيه الشروط التعسفية في عقود الإذعان والطبيعة القانونية لهذه الشروط ولـم يبين الطرق الكفيلة لتحقيق التوازن بين الطرفين في هذه العقود.

٥- **العطاوي، ضيف الله بن تركي بن مشعان (٢٠١٣)، المسؤولية المدنية عن مخالفـة عقود الإذعان، (دراسة تأصيلية مقارنة)، جامعة نايف للعلوم الإسـلامية، الريـاض: المملكة العربية السعودية.**

تناول الباحث في دراسته التعريف بالعقد وشروطه وأركانه , وتطرق إلى أوجه الخلاف بين عقود الإذعان وغيرها من العقود وتحديد مخالفات عقود الإذعان وتناول جانب المسؤولية المدنية المترتبة على مخالفة عقود الإذعان.

ولم يتناول الباحث موضوع التعسف في عقود الإذعان ولم يتعرض للشروط التعـسفية في هذه العقود واكتفى بتعريف هذه العقود وتمييزها عن العقود الأخرى محـددا المـسؤولية المدنية جراء مخالفتها.

إن موضوع الدراسة (الشروط التعسفية في عقود الإذعان) يتميز عن باقي الدراسـات السابقة بأنها سوف تغطي أكبر قدر من جوانب الموضوع، وسوف تتناول التعريـف بعقـود الإذعان وبيان مفهوم الشروط التعسفية في هذه العقود، ومتى يكون الشرط تعسفيا ومتى يكون العقد إذعاناً، والأثر المترتب على التعسف في هذه العقود، وكذلك التعـريج علـى الـسلطة التقديرية للقاضي من خلال بيان تفسير الشروط الغامضة وتعديل الشروط التعـسفية وبيـان مواقع الضعف أو الخلل في هذه السلطة، مع التوصية بتنظيم هذه العقود بصورة مباشرة عـن طريق المشرع.

تمهيد

إن الصورة التقليدية للعقد تقوم على مبدأ التراضي وتفترض مناقشة شروط العقد وبحثها بحرية من جانب الطرفين على قدم المساواة، حيث يتم العقد بتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين، لكن التطور الاقتصادي للمجتمعات الحديثة وظهور الثورة الصناعية وما تبعته من ظهور المشروعات الاقتصادية الكبيرة تقابلها حاجة الجمهور إلى الخدمات والاحتياجات الضرورية فتكونت من جراء ذلك الكثير من المرافق العامة لكفالة هذه الحاجيات وإشباعها وأصبح الفرد ملزما للتعاقد مع هذه المرافق أو الشركات أو المؤسسات التي تتميز بتفوقها الاقتصادي والتي تأخذ على عاتقها احتكار هذه الخدمات وتقديمها للمستهلكين لذلك جعلت هذه الشركات تنفرد بوضع شروط العقد والتي نظمتها مسبقا ولا تقبل المناقشة فيها، وهذه الشروط غالبا ما تكون مجحفة بحق الطرف الآخر مما يؤدي إلى اختلال مبدأ المساواة العقدية بين الطرفين.

وقبل تسليط الضوء على مفهوم عقد الإذعان والشروط التعسفية التي ترد في هذه الطائفة من العقود لا بد لنا من التعرض إلى النشأة التاريخية لظهور عقود الإذعان والعوامل المؤثرة في هذه النشأة.

الفرع الأول: ظهور عقد الإذعان

أدت التحولات التي شهدها المجتمع في أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين إلى اتساع دائرة العقد وظهور عقود جديدة لم تكن معروفة من قبل كان من أهمها عقود الإذعان[1]، فظاهرة الإذعان ظاهرة حديثة نسبيا إذ لم يقدر لها أن تشغل بال الفقهاء إلا بعد حدوث التطورات الاقتصادية في العصر الحديث وما أدى إليه ذلك من قيام شركات الأموال والاحتكار وظهور أسلوب الإنتاج الكبير[2]، ففي القرن التاسع عشر ساد مبدأ سلطان الإرادة حيث بولغ في أهميته وتطبيقه إلى حد كبير فقد استقر هذا المبدأ وأصبح دعامة تبنى عليها

---

(1) بن حامد، لعشب محفوظ (١٩٩٨)، **عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الجزائر، الجزائر، ص٨٠-٨١.

(2) الحيصة، علي مصبح (٢٠١١)، **سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، ص١٤.

النظريات القانونية واعتبرت الإرادة أنها هي التي تولد الحق وهي التي تحدد أثاره[١]، فالإرادة الحرة هي مبدأ القانون والغاية التي ينتهي إليها وأن مهمة القانون التي يضطلع بها هي تحقيق حرية كل فرد بحيث لا تتعارض هذه الحرية مع حرية الآخرين وأن هذا التوازن بين الحريات جميعا هو ما يجب على المشرع أن يعني به وليس عليه بعد ذلك أن يرى إلى أي حد تتفق مصلحة المجموع مع مصلحة الفرد، فالفرد لا المجموع هو الذي يحميه القانون[٢]، وقد أسرف أنصار مبدأ سلطان الإرادة في انتصارهم لهذا المبدأ فقالوا أن سلطان الإرادة ليس مقصوراً على توليد الالتزامات وحدها بل هو أيضاً يولد كل الحقوق الأخرى فالملكية مبنية على حرية الإرادة وحقوق الأسرة مبنية على عقد الزواج أي على الإرادة والميراث مبني على وصية مفروضة وطرق التنفيذ الجبري ذاتها ترتكز على الإرادة الحرة فهي طرق وأن كانت إجبارية قد ارتضاها المدين وقت الاستدانة[٣] وكما أن نشأة الالتزامات يرجع للإرادة الحرة كذلك الأثر الذي يترتب على العقد فهو خاضع للإرادة أيضاً.

وفي القرن العشرين سرعان ما هاجم الفقهاء مبدأ سلطان الإرادة، فإذا كان هذا المبدأ قد قام على أساس اقتصادي بسبب انتشار روح الفردية في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر فقد هوجم كذلك تحت تأثير العوامل الاقتصادية حينما قامت الصناعات الكبيرة وتأسست الشركات القوية، ونظمت طوائف العمال بسبب اختلال التوازن بين القوى الاقتصادية مما أدى إلى انتشار المذاهب الاشتراكية وقيامها بوجه المذاهب الفردية[٤] ويقول خصوم المبدأ ((أن جعل الإرادة مصدراً لكل الحقوق فيه إغراق في نواحي ووهم في نواحي أخرى فالالتزامات التعاقدية ذاتها وهي مبنية على توافق إرادتين لا تستند إلى فحص الإرادة الداخلية والمتعاقد لا يتقيد بتعاقده لأنه أراد ذلك فحسب بل هناك اعتبارات اجتماعية ترجع للثبات والاستقرار الواجب توافرهما للمعاملات والثقة التي يولدها التعاقد في نفوس المتعاقدين وهي التي تستند إليها قوة الإلزام في العقود وقد لا يتم اتحاد حقيقي بين الإرادتين عند التعاقد ومع ذلك فإن

---

(١) السنهوري، عبد الرزاق (١٩٣٤)، **نظرية العقد**، ط١، القاهرة: مطبعة دار الكتب المصرية، ص٩٨-٩٩.

(٢) المرجع ذاته، ص٩٨-٩٩.

(٣) السنهوري، عبد الرزاق (١٩٥٢)، **الوسيط في شرح القانون المدني**، نظرية الالتزام، ج١، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ص١٤٥.

(٤) الشيخلي، شيماء مصطفى أحمد مصطفى (٢٠٠٠)، **عقد الإذعان**، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الحقوق جامعة صدام، بغداد، العراق، ص٥.

اتحادهما حكما يكفي مادام التعاقد قد ولد ثقة مشروعة يترتب على الإخلال بها ضرر، وما العقد إلا نظام من النظم الاجتماعية يراد به تحقيق التضامن الاجتماعي وتوجيه الإرادة في هذا السبيل وليس الغرض منه تحقيق ما للإرادة من سلطان))[١]، وبظهور الروح الاشتراكية ومبدأ التضامن الاجتماعي أدى إلى انتكاس سلطان الإرادة وبدأ العقد كنظام من النظم الاجتماعية التي يراد بها تحقيق التضامن الاجتماعي وليس الغرض منه تحقيق ما للإرادة من سلطان[٢].

كما أن الإرادة ليست هي المنشأة للالتزام بشكل مطلق ذلك بأن القانون هو الذي يصنع الإطار الذي تتكون في ظله العقود حيث نجد أن المشرع الفرنسي ينص في المادة (١١٣٤) مدني على (أن العقد شريعة المتعاقدين ما لم يخالف القانون) ومفهوم النص أن للأفراد حرية التعاقد في الدائرة التي رسمها القانون، كما قرر في الفقرة الثانية أن العقد لا يلزم المتعاقدين بما اشتمل عليه فحسب بل هو يلزمهما أيضاً بما تقتضيه العدالة والعرف وبما يقرره القانون من أحكام وكذلك تقييد المتعاقدين داخل دائرة النظام العام والآداب، وكان من شان الثورة الصناعية في القرن التاسع عشر والثورة التكنولوجية في القرن العشرين أن قامت الصناعات الكبيرة والشركات الضخمة واختل التوازن الاقتصادي بين القوى الاجتماعية[٣].

وقد نادى الفقه أيضاً بالحماية الاجتماعية للمتعاقد الضعيف عن طريق إقامة التوازن العقدي واستبعاد تطبيق مبدأ سلطان الإرادة على عقد الإذعان كما ذهب إلى ذلك صاحب الفكرة (الأستاذ سالي)، ومن ثم شهد تحول جديدا في مستوى العلاقات والروابط التعاقدية.

أن هذا التعبير لمصطلح عقد الإذعان الذي اقترح في بداية القرن العشرين من قبل سالي، كان موضوع دراسات فقهيه خاصة في فرنسا ومن ثم اثري عقد الإذعان لاسيما من جانب أولئك الذين أنكروا أن يكون من طبيعة خاصة وتضاعف توسيع عقد الإذعان وأضحى التفاوض لا يمثل إلا خطوه سابقه على تكوين العقد وامتدت تلك الفكرة النابعة من فرنسا لتأخذ بها بلدان أخرى خاصة المتبعة للمذهب الفردي بعد أن أصلها كل من الفقه والقضاء فالفقه خصص دراسات طويلة للعقد والقضاء عني بحل المشاكل التي يفرضها هذا العقد[٤].

---

(١) السنهوري (١٩٥٢)، **الوسيط في شرح القانون المدني**، مرجع سابق، ص١٤٦.

(٢) المرجع ذاته، ص١٤٦.

(٣) المرجع ذاته، ص٦٢٦.

(٤) المرجع ذاته، ص١٤٦.

ومن الواضح أن البلدان الاشتراكية فيها عقد الإذعان أكثر انتشارا وذلك يعود إلى تركيز الاحتكار لدى شركات أو مؤسسات عامة وهذا يمكنها من فرض شروطها دون اعتراض من الطرف المذعن[١] فكثيراً ما تحدد هذه الشركات شروط العقد وتنفرد في فرضها بوثيقة معدة مسبقاً وعلى نحو لا يقبل المناقشة أو المساومة، ولاضطرار المتعاقد للدخول في هذه العلاقة لحاجته الماسة لسلعه أو خدمه فإنه لا يجد مفرا من الإذعان لهذه الشروط وأن تكن عادلة ولهذا السبب سميت هذه الطائفة من العقود باسم عقود الإذعان[٢].

ثم أخذت هذه العقود بالتوسع والانتشار لأسباب اقتصادية وقانونية واجتماعية ومادية كما سنبينها لاحقا:

الفرع الثاني:عوامل التنمية المؤثرة في ظهور عقد الإذعان

الفقرة الأولى: العوامل الاقتصادية والقانونية

١. **العوامل الاقتصادية**

أن الجانب الاقتصادي أصبح يشكل القاعدة الأساسية التي تحكم العقود لما لهذا الجانب الدور الكبير في تكوين العقود وخاصة في مرحلة التطور الاقتصادي ولكن نجد أنه في العصور الوسطى استبعد القانون المدني الفرنسي التأثير الاقتصادي للعقد لأنه لا توجد رؤوس أموال كثيرة والتجارة والصناعة كانت تمارس في إطار تقليدي وقد ساعدت الرأسمالية العالمية الصناعية على ظهور عقد الإذعان لتوسيع الفارق الاقتصادي اعتماداً على الحرية الاقتصادية والفردية التي جعلت في العقد مصدراً للحق دون منازع وأن التنمية الصناعية التي قادتها الرأسمالية قد سيطرت على الأفراد وجعلتهم يتقبلون شروط مجحفة[٣] وهذا تفاوت محسوس في مركز الطرفين من الناحية الاقتصادية وذلك بسبب ما يتمتع به الطرف الموجب في هذا العقد من

---

(١) بن حامد، **عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن**، مرجع سابق، ص٦.

(٢) الفزاري، حسبو (١٩٧٩)، **أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن**، دراسة تأصيلية وتحليلية لنظرية الظروف الطارئة في القانون المقارن وفي الشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه منشورة، مطبعة الجزيرة، الإسكندرية، مصر، ص٥٦٦.

(٣) بن حامد، **عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن**، مرجع سابق، ص٩.

احتكار قانوني أو فعلي[1] وبالتالي فإن التحولات الاقتصادية تكون هي السبب في إخلال التوازن بين القوى التعاقدية وتحد بالتالي من قوه المفاوضة وأن ما تمليه الإرادة المنفردة من طرف الموجب ترغب في تحقيق مصالح أنانيه كما أصبح العقد وسيله لتسيير المنشاة الاقتصادية بإنشاء التزامات تعاقديه متنوعة ومن هنا كان عقدا مفروضا بعوامل اقتصادية وعليه نجد أن العقود المنبثقة عن الشركات الضخمة والعروض المقدمة من البنوك تتضمن شروطا لمصلحتها الاقتصادية لذا يقول جانب من الفقه عن عقود الإذعان، (هي عقود كثيرة الشيوع وتزداد يوما بعد يوم نتيجة تطور الوضع الاقتصادي الذي اخذ يؤدي إلى نشأة هيئات أو شركات أو أشخاص يتحكمون ب الجمهور بسيطرتهم على السلع والخدمات التي ليس لهم غنى عنها)[2] فعلى سبيل المثال نتيجة التطور الحضاري والابتكارات والمكتشفات التكنولوجية الدقيقة ولتجمع الأشخاص وتكدس الأموال والبضائع في المصانع والمستودعات أصبح عقد التأمين وسيله للاحتياط من الأخطار وتوزيعها حيث بات التأمين أحد الوسائل التي يلجا إليها الإنسان لتلافي آثار الأخطار وأن هذه العقود تخرج في اغلبها عن نطاق العقد ألرضائي لتصبح عقود إذعان بالنسبة للمؤمن له الذي لا يستطيع أن يناقش فيها لأن شركات التأمين تقوم بإملاء شروطها بوثيقة التأمين وما على الجمهور إلا القبول بها، وقد ظهرت في ظل الأزمات الاقتصادية ظواهر قانونية لا يعرفها النظام الفردي القائم على الحرية مثل الإجبار على التعاقد والتسعيرة الجبرية وفرض حد أدنى وأقصى للأجور في إيجار المساكن والأراضي الزراعية[3].

٢. العوامل القانونية

إن بعض العقود سواء كانت عامة أو خاصة تلقت فائدة عقد الإذعان كوسيلة فعاله لإعداد ظروف نشاطها ولخلق قانون مستقل للاقتصاد مثال ذلك أن عقد التأمين على المخاطر البحرية ترجع شروطه إلى الطرف القوي الذي هو على علم بالخسائر المحتملة فيحدد الخطر وبالتالي يحدد الشروط التي تجعل من عقده وسيله فعاله لحماية مصالحه كما أن عدم وجود نصوص قانونية تواجه تلك الظواهر خاصة في التقنين المدني والتجاري كان سبباً أن يخلق الطرف القوي

---

(١) الصدة، عبد المنعم فرج (١٩٩٦)، عقد الإذعان، بحث منشور في **مجلة الأمن والقانون**، العدد الأول، السنة الرابعة، دبي: كلية شرطة دبي، ص٢٤٣.

(٢) بن حامد، **عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن**، مرجع سابق، ص١١.

(٣) عبد الرحمن، مهدي (١٩٩٩)، **الوسيط في النظرية العامة للالتزامات**، الكتاب الأول، ط١، المصادر الإدارية للالتزام والعقد والإرادة المنفردة، القاهرة: دار النهضة العربية، ص٥٣.

شرطا تخرج عن نطاق هذين القانونين وكانت تلك مساهمة أو عاملاً من العوامل التي أدت إلى نشوء عقد الإذعان[١]، وكذلك أن تنمية ونشوء بعض المبادئ القانونية كمبدأ المساواة أمام المرفق العام والموجه أساساً إلى تفادي التفرقة ما بين القوى قد جعل بعض العقود غير قابله للمناقشة.

ويرى برليوز أنه إذا كانت التحولات الاقتصادية قد ولدت عدم التوازن في العقد فإن الوسائل والنظريات القانونية قد خلقت عقد الإذعان[٢].

الفقرة الثانية: العوامل الاجتماعية والمادية

١. العوامل الاجتماعية

أن الفرد المعاصر لا يطيق الانعزال ويلجأ إلى التجمعات ويخشى الوحدة ولا يشعر بالراحة والطمأنينة إلا مع الجماعة فيلجأ عند تنظيم عقوده إلى شخص ينظم تلك العقود ككاتب العدل ويخضع له وكأن هذه العقود الموثقة أصبحت عقود إذعان[٣]، وموقف الإنسان إزاء الأخطار التي تواجهه سواء كانت شخصيه أو تقع على ممتلكاته أو أخطار المسؤولية المدنية تجعله يعيش حاله قلق دائم لم يكن أبداً سلبياً فقد حاول منذ عهد بعيد أن يتفاداها ويمنع وقوعها باستحداث الوسائل المختلفة خاصة بتعاونه مع الآخرين الذين يتعرضون مثله لخطر معين على توزيع الخسارة المالية الكبيرة التي تصيب واحد منهم نتيجة إمكانية تحقيق الخطر عليهم جميعا وبذلك يتحمل كل منهم جزءاً بسيطاً من هذه الخسارة فيقل بذلك الخطر عليهم جميعاً[٤].

وهكذا يطبق الإنسان مبدأ التكافل والتضامن الاجتماعي بأوسع معانيه فيبرم عقود مع شركات معينة كما هو الحال بالنسبة لعقد التأمين الذي يعتبر من ابرز عقود الإذعان.

٢. العوامل المادية

إن الحياة المعاصرة تقوم على سرعة سير المعاملات التجارية لذلك أصبح الفرد لا يستطيع التحقق وليس لديه الوقت الكافي في التمعن وقراءة ومناقشة ما يرد من شروط مطبوعة

---

[١] بن حامد، **عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن**، مرجع سابق، ص١٥.

[٢] المرجع ذاته، ص١٤.

[٣] الحيصه، **سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد**، مرجع سابق، ص١٩.

[٤] بن حامد، **عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن**، مرجع سابق، ص١٨.

ومعده مسبقا فهذه العناصر المادية الواردة في العقد جعلت من هذا العقد عقد إذعان، ثم أن أبرز تطور في هذه الناحية المادية هو أن المعلومات أصبحت تزود العقود الإلكترونية حسب معطيات ماديه معينة حيث يصل بذلك إلى إخراج وتحديد شروط غير قابله للتعديل أو المناقشة ويستعصى على الفرد مناقشتها حتى وأن أراد ذلك[١]، وفي ضـــوء المتغيـــرات الاقتـــصادية والـــسياسية والاجتماعية وما أدت إليه من تعقيد للمشكلات وتكريس ضعف المتعاقد وعدم الخبرة أو القدرة ثم انتشار الشروط العامة في العقود المطبوعة مسبقا وتفشي عقود الإذعان واستسلام العملاء فـــي مجال السلع والخدمات لما يعرضه عليهم المحترفون فقد تعاظم الاهتمام بحل هـــذه المـــشكلات والتوجه إلى بحث الوسائل القانونية الكفيلة بحماية الطرف الأقل خبرة أو قدرة[٢].

فالوثيقة التعاقدية تطبع مقدما لمعرفه الطرف القوي بالشروط التي تحقق مـــصلحته دون النظر إلى مصلحه الطرف الضعيف مما يؤدي إلى زيادة الشروط التعسفية التي تخفـــف مـــن التزامات الموجب مع تكليف الطرف القابل بالتزامات جديدة أو التجديد في التزاماته الأصلية ومن ثم لا يكون أمامه سوى التوقيع دون مناقشه تلك الوثيقة المتضمنة لتلك الشروط المجحفـــة دون تفحصها أو مناقشه شروطها المطبوعة التي تكون عادة صعبة الفهم على المتعاقد الذي ليس لديه الخبرة الكافية، لذلك غالبا ما تنال هذه الشروط من حقوق الطرف المذعن الذي ليس أمامه مـــن سبيل إلا الموافقة عليها.

وسنتناول في الفصل الأول من هذه الرسالة ماهية الشروط التعسفية بعد أن نبين ماهيـــة عقد الإذعان الذي يتضمن مثل تلك الشروط.

---

(١) بن حامد، **عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن**، مرجع سابق، ص١٨.

(٢) جميعي، حسن عبد الباسط (١٩٩٠-١٩٩١)، **أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد**، دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات، القاهرة: دار النهضة العربية، ص١١٩.

الفصل الأول

التعسف في عقود الإذعان

يثير مفهوم التعسف في عقود الإذعان غموضا من حيث تعريفه ومن حيث معيار تحديده وأنواعه، فكونه مفهوما حديثا لم ينل حظه من التحديد والتعريف ولا زال تتازعه عدة نظريات وأفكار بينما هو تقليدي وبينما هو حديث، إذ الأصل أن المتعاقد يملك حرية مناقشة شروط العقد حيث تخضع العملية التعاقدية لمبدأ المساومة الحرة بين أطراف العقد وهذا هو شـــان العقـــود جميعا، لكن عندما ظهرت عقود الإذعان استبعد كل نقاش ذلك لأن أحد الطرفين شـــعر بقوتـــه الاقتصادية القانونية أو الفعلية فأصبح يقدم لمن يريد التعاقد معه شروط العقد ككل يأخذه جمله أو يدعها دون تعديل مما يضطر الطرف الآخر إلى أن يقبل التعاقد لأن المسالة تتعلق بمرفق أساسي لا غنى له عنه فهو بذلك يرضخ ويذعن لمشيئة الطرف القوي[1].

ومع التطور الاقتصادي الذي تشهده الحياة المعاصرة وتعدد الحاجيات الضرورية باتت الكثير من العقود تتضمن مثل هذه الشروط ولم يقتصر نطاق الشروط التعسفية علـــى عقـــود الإذعان فحسب، إلا أن هذه الشروط تكاد تلازم عقود الإذعان أكثر مـــن ملازمتهـــا العقـــود الأخرى، كما أنها تبدوا أكثر أهمية في عقود الإذعان ذلك لأن هذه الطائفة من العقود تنعـــدم فيها المناقشة ولا يسمح للطرف القابل بحث شروطها على قدم المساواة مع الطرف الموجب، فهو أما يقبل العقد بكافة شروطه المعدة من قبل الطرف القوي اقتصاديا،وأما يدعها جملة.

لذلك سنتناول في المبحث الأول من هذا الفصل مفهوم عقد الإذعان من حيث التعريف، والطبيعة القانونية، والخصائص التي تميزه عن غيره من العقود، وفي المبحث الثاني مفهـــوم الشروط التعسفية، ومعاييرها وأنواعها، وأمثلة على الشروط التعـــسفية فـــي بعـــض العقـــود وسيكون ذلك وفق الخطة التالية:

المبحث الأول: ماهية عقد الإذعان

المبحث الثاني: ماهية الشروط التعسفية في عقود الإذعان

---

(1) عبد الباقي، عبد الفتاح (١٩٨٤)، **موسوعة القانون المدني المصري**، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، (بدون دار ومكان نشر)، ص٢٠٤.

المبحث الأول: ماهية عقد الإذعان

إن النشاط المتزايد في الحياة الاقتصادية أدى إلى زيادة هائلة في عدد ما يجب أن يبرم من عقود واقتضى هذا ضرورة إبرام اكبر عدد ممكن في اقل وقت وبأقل مجهود فترتب على ذلك انفراد الموجب في تحديد شروط العقد واستحالة النقاش عند إبرامها وقد وجد إلى جانب هذا التطور تفاوت محسوس في مركز الطرفين من الناحية الاقتصادية وذلك بسبب ما يتمتع به الموجب في هذا العقد من احتكار قانوني أو فعلي[١] وأن هذا التطور أدى إلى ظهور عقود ذات طبيعة خاصة تعمل على تلبيه حاجات الأفراد الضرورية أطلق عليها تسمية عقود الإذعان، لذلك سنتناول بداية التعريف بهذه العقود ومن ثم الخصائص القانونية المميزة لها وبعدها القبول والرضا فيها، وسنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول: التعريف بعقد الإذعان

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقود الإذعان

المطلب الأول: التعريف بعقد الإذعان

إن الصعوبات التي واجهت تعريف عقد الإذعان على صعيد الفقه والتشريع، أدت إلى عدم وجود تعريف يمكن اعتباره جامعا له، فنظرية الإذعان تتغلب عليها النزعة الاقتصادية لذلك لا ينتظر من تعريف عقد الإذعان إلا أن يكون متأثراً بهذه النزعة، فناحية الإذعان في العقد كانت نتيجة اختلال التوازن الاقتصادي فيه، وهذا الاختلال في التوازن أدى إلى أن يتمتع احد الطرفين بمركز اقتصادي متفوق، وهذا التفوق أتاح للطرف القوي إرادة متغلبة يمكنها أن تضع شروطاً لا تقبل لها تعديلا أو تغيراً، وهذا الطرف القوي قد تيسر له ذلك لأنه يحتكر احتكاراً فعلياً أو قانونياً لسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولية للجمهور ولا بد أن يتعاقد بشأنها. وعلى ضوء ذلك سنتناول في الفرع الأول من هذا المطلب تعريف عقد الإذعان لغة واصطلاحا وفقها وفي الفرع الثاني الخصائص المميزة لعقود الإذعان وفي الفرع الثالث الإيجاب والقبول في عقود الإذعان وكما يلي:

---

[١] الصدة، عبد المنعم فرج (١٩٩٦)، **عقد الإذعان**، مرجع سابق، ص٢٤٣.

الفرع الأول: تعريف عقد الإذعان لغة واصطلاحاً

الفقرة الأولى: تعريف عقد الإذعان لغة

الإذعان هو الإسراع مع الطاعة والخضوع والانقياد والإقرار، من ذعن يذعن ذعنا، وهو الإسراع مع الطاعة، تقول: أذعن لي: أي طاوعني لما كنت ألتمسه منه وسارع إليه[1]، واختلف أهل اللغة هل الإذعان هو الخضوع مع الذل والهوان كما قال به صاحب القاموس المحيط وصاحب لسان العرب وصاحب مختار الصحاح، أو هو بدون ذل وهوان؟ قال به صاحب الفروق اللغوية[2].

والإذعان هو الانقياد، يقال أذعن الرجل إذا انقاد والإذعان للحق الاعتراف به وهو الإقرار[3].

من خلال ما سبق نخلص أن الإذعان في اللغة هو الانقياد بسرعة مع الطاعة والإقرار والخضوع، والمعنى الذي يتناسب مع طبيعة الموضوع هو (الانقياد والخضوع).

الفقرة الثانية: تعريف عقد الإذعان اصطلاحاً

أن المعنى الاصطلاحي لكلمة (الإذعان) لا يخرج عن معناه اللغوي[4].

ومن الناحية الفقهية تعددت التعريفات لعقد الإذعان والتي تنصب تقريبا حول نفس المعنى نذكر منها ما يلي:

١. تعريف سالي: وهو الذي يجمع الفقهاء على أنه صاحب أول فكرة للاذعان يرى أن عقد الإذعان (هو محض تغليب لأراده واحده تتصرف بصورة منفردة وتملي قانونها ليس على

---

(١) الفيومي، أحمد بن علي (٢٠٠٠)، **المصباح المنير**، معجم عربي عربي، ط١، القاهرة: دار الحديث، ص١٢٧.

(٢) الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر (٢٠٠٠)، **مختار الصحاح**، ط١، القاهرة: دار الحديث، ص١٣٠.

(٣) ابن منظور، جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم (٢٠٠٣)، **لسان العرب**، في: عامر أحمد حيدر (محقق)، منشورات محمد علي بيضون، ط١، بيروت: دار الكتب العلمية،ص١٧٢.

(٤) عبد الدايم، حسني محمود (٢٠٠٨)، **العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني**، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص٣٣٠.

فرد محدد بل على مجموعه غير محدده وتفرضه مسبقا ومن جانب واحد ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد) [١].

٢. تعريف الصده، عرف عقد الإذعان بأنه (العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقرره يضعها الموجب ولا يقبل مناقشه فيها وذلك فيما يتعلق بسلعه أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها)[٢].

٣. تعريف السنهوري: عرف عقد الإذعان بأنه (صيغة من صيغ إبرام العقود تعتمد على استخدام نموذج نمطي للعقد يعده أحد طرفي العلاقة التعاقدية بصوره منفردة ويعرضه على الطرف الآخر الذي ليس له إلا الموافقة عليه كما هو أو رفضه كليا دون أن يكون له أن يغير في العبارات الواردة فيه أو الشروط أو الأحكام التي يتضمنها ولا أن يدخل في مجاذبة أو مساومه حقيقية على شروطه مع الطرف المعد لهذا العقد)[٣].

ويلاحظ إن المادة (١٠٤) من القانون المدني الأردني والفقرة الأولى من المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي والمادة (١٠٠) من القانون المدني المصري، لم تتضمن تعريفا شاملا لعقد الإذعان بحيث يتضمن جميع المقومات المميزة له بل هي تقتصر على وصف القبول فيه لا غير.

وعقود الإذعان في فرنسا يطلق عليها عقود الانضمام (contrats d'adhesion) لأن من يقبل العقد انضم إليه دون أن يناقشه[٤]، غير أن الأستاذ السنهوري أطلق عليه عقد الإذعان لما يشعر به هذا التعبير من معنى الاضطرار في القبول وقد راجت هذه التسمية في لغة القانون فقها وقضاء وانتقلت إلى القوانين المدنية العربية، ويذكر الدكتور عبد المنعم فرج الصده (أن صاحب هذه التسمية هو أستاذنا السنهوري وهي أصح من التسمية الفرنسية التي قال بها سالي

---

(١) سالي، (١٩٩٣)، الإعلان عن الإرادة، مساهمه في دراسة التصرف القانوني في القانون المدني الألماني، باريس، أشار إليه بن حامد، **عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن**، مرجع سابق، ص١٩.

(٢) الصده، عبد المنعم فرج (١٩٥٨)، **محاضرات في القانون المدني**، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، قسم الدراسات القانونية، معهد الدراسات العربية العالية، القاهرة: جامعة الدول العربية، ص٩١.

(٣) السنهوري، عبد الرزاق (١٩٨٣)، **الموجز في النظرية العامة للالتزام**، القاهرة: مطبعة لجنه التأليف والترجمة والنشر، ص٦٨.

(٤) السنهوري، عبد الرزاق، **الموجز في النظرية العامة للالتزامات**، (بدون سنة نشر)، المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت: منشورات محمد الداية، ص٦٨.

لأن الإذعان يدل على معنى الاضطرار في القبول بينما الانضمام أوسع دلالة من الإذعان إذ يشمل عقد الإذعان وغيره من العقود التي ينضم إليها القابل دون مناقشه ولهذا السبب اختار قانون الموجبات اللبناني في المادة /١٧٢ تسمية هذا العقد بعقد الموافقة[١].

ونرى أن (الانضمام) اعم من الإذعان لأنه قد يقع الانضمام دون ان يتوفر فيه معنى الإذعان، كما هو الحال في عقود الشراء من المحال التجارية الكبيرة ذات الأسعار المحددة، فهو انضمام عن رضا واختيار ولا يحد من الحرية التعاقدية، ولأن المشتري بإمكانه ان يتجه إلى محل آخر في حالة عدم اقتناعه بالمحل الأول.

وقد آثر الأستاذ السنهوري ان تسمى في العربية (عقود الإذعان) لما يشعر بهذا التعبير من معنى الاضطرار في القبول، وقد راجت هذه التسمية في لغة القانون فقها وقضاءً وانتقلت إلى القوانين المدنية العربية ومنها القانون المدني الأردني والعراقي.

الفرع الثاني: الخصائص المميزة لعقد الإذعان

لتحديد فيما إذا كان العقد عقدا من عقود الإذعان أم لا، يتطلب تحديد الخصائص التي يتميز بها هذا العقد عن غيره، ولعقود الإذعان خصائص معينة هي:

الفقرة الأولى: أن يكون الموجب في مركز اقتصادي متغلبا لما يتمتع به من احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق بالنسبة إليه بحيث يكون تفوقه الاقتصادي واضح[٢] وهذه الميزة تمكن الطرف القوي في العقد من وضع شروطه وأن يفرضها دون تحفظ لأنه لا يخشى المنافسة التي تحمله على مراجعة شروطه وانصراف الطرف الآخر إلى حيث يجد شروط أفضل وليس له تبعا لذلك إلا أن يرضخ ويذعن لما قدم له من شروط[٣] وقد نصت على ذلك المادة (١٠٤) من القانون المدني الأردني والمادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي

---

(١) الصده، عبد المنعم فرج (١٩٧٤)، **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية الحديثة**، بيروت: دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ص١٣٥.

(٢) الصدة (١٩٩٦)، **عقد الإذعان**، مرجع سابق، ص٢٤٤.

(٣) الصده، عبد المنعم فرج (١٩٤٦)، **عقود الإذعان في القانون المصري**، القاهرة: مطبعة جامعة فؤاد الأول، ص٥٩.

بقولها (القبول في عقود الإذعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه مناقشه)[١]، ويتكرس التفوق الاقتصادي في نقطتين:

١- تمتع الموجب باحتكار قانوني مثل ما هو الحال في عقود توريد الكهرباء والمياه والهاتف، فالشركات المقدمة لهذه الخدمات تتمتع بامتياز قانوني لأنها الوحيدة التي يمكن تقديمها هذه الخدمات دون أي مناقشة.

٢- تمتع الموجب باحتكار فعلي مثل ما هو الحال في منطقه لا توجد فيها إلا شركة تامين وحيده[٢] ففي عقد التأمين يبرز التفوق الاقتصادي الواضح للمؤمن حيث تقدم عمليات التأمين بطبيعتها مخاطر ضخمه تبوئها كاهل الشخص المنفرد مما يجعلها دائما حكرا على الشركات القوية والغنية، وإذا كانت شركات التأمين لا تتمتع باحتكار قانوني إلا أنها في الواقع تتمتع باحتكار فعلي حيث تتفق الشركات فيما بينها على تعريفة القسط وعلى شروط عامة تكون متماثلة إلى حد كبير بحيث أن طالب التأمين إلى أي شركة يتوجه فإنه سيواجه نفس التعريفة ونفس الشروط مما يضطره إلى التعاقد مع أول شركة تقابله راضيا بما تمليه عليه من شروط دون أدنى مناقشه[٣].

ويتضح من ذلك إن فكرة الاحتكار واقعه في عقد التأمين بالرغم من اختلاف وتعدد شركات التأمين لأن وحدة الشروط لهذه الشركات وموقفها تجاه الشخص المؤمن له يجعلها تتمتع باحتكار فعلي على الرغم من تنوعها وتعددها.

---

(١) تقابلها المادة (١٠٤) من القانون المدني الأردني والمادة (١٠٠) من القانون المدني المصري التي تنص (أن القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقرره يضعها الموجب ولا يقبل مناقشه فيها).

(٢) الحيصة، **سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد**، مرجع سابق، ص٢٦.

(٣) سرور، محمد شكري، **دروس في الأحكام العامة لعقد التأمين**، دار الفكر العربي، (بدون سنه ومكان نشر)، ص٣٦.

وفي الأردن يوجد الاتحاد العام لشركات التأمين الذي يعمل على تنظيم وإدارة شـؤون قطاع التأمين وفق أهداف حددها النظام ويعمل على تحقيقها بالتعاون مع هيئه التأمين ويرتبط بالاتحاد المذكور المكاتب التالية[1]:

١. مكتب التأمين الإلزامي الموحد للتأمين على المركبات.

٢. المكتب الإقليمي الأردني الموحد.

٣. شركات التأمين، التي بلغ عددها لغاية نهاية عام ٢٠١٣، (٢٧) شركة.

٤. العاملون في قطاع التأمين.

٥. الخدمات المساندة لأعمال التأمين (الوسطاء والوكلاء والخبراء والاستشاريين...الخ).

ويتضح من ما تقدم إن شركات التأمين في الأردن ترتبط بـ(الاتحاد الأردني لشركات التأمين) من كافه الوجوه وهذا يعني إن جميع شركات التأمين في الأردن تأخذ بنظام واحد من حيث التعريفة والشروط الأخرى مما يدل على توافر فكره الاحتكار في عقد التأمين.

الفقرة الثانية: أن يتعلق العقد بسلعه أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين وهذه الميزة تعتبر مكمله لسابقتها لذلك أن أغلب الشراح يذكرهما معا على إنهما طابع واحد لعقد الإذعان وذلك لأن الموجب إذا كان يمكنه أن يفرض شروطه فذلك ليس بسبب قوته الاقتصادية فحسب ولكن أيضاً لأن الطرف المذعن في حاجه ملحه إلى أن يتعاقد ولان غالب عقود الإذعان ضرورية أو على الأقل كبيرة الفائدة وهي التي لا غنى للناس عنها بحيث يكونون في وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها ولا يمكنهم رفض الشروط التي وضعها الموجب ولو كانت جائرة[2]، ويذهب اتجاه إلا أن مفهوم السلع والخدمات الضرورية يجب التوسع فيه وعدم تفسير الضرورة تفسيراً اقتصادياً بل تفسيراً حضارياً فمثلاً تعاقد التاجر مع القائمين على تنظيم شؤون المعرض، وعقد الإيجار في المدن الكبيرة لأغراض مهنية، أو لأغراض السكنى أصبح من عقود

---

(١) النعيمات، موسى جميل (٢٠٠٦)، **النظرية العامة للتأمين من المسؤولية المدنية**، دراسة مقارنة، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص٥٤-٥٥.

(٢) مرقص، سليمان (١٩٧٨)، **الوافي في شرح القانون المدني**، المجلد الأول، ط٤، نظرية العقد والإرادة المنفردة، (بدون مكان نشر)، ص١١٧.

الإذعان ومن ثم يمكن الأخذ بهذا الرأي في العراق نظرا لعدم وجود نص في القانون المدني العراقي يشعر بأن عقد الإذعان لا يتم إلا مع من يتمتع بالاحتكار بل مناط عقد الإذعان هو التسليم لإيجاب موضوع لا يقبل مناقشة يستوي في ذلك أن ينصب هذا الإيجاب على سلعة أو مرفق ضروري أو لا ينصب على هذا أو تلك[١].

الفقرة الثالثة: أن يكون الإيجاب عاما ودائما يوجه لأشخاص غير معدودين ويحتفظ به لمده غير محدودة وقد يكون لزمن معين، فهو إيجاب موجه للجمهور أو إلى فريق معين تتوفر فيه صفات معينة وذلك لأن شخصية المذعن ليست محل اعتبار، فشركة السكك الحديدية لا تهتم بصفة من يدفع التذكرة من المسافرين وكذلك الإيجاب الصادر من مؤسسة الكهرباء أو الماء الهاتف هو إيجاب إلى كل الناس دون اهتمام بصفة الشخص الراغب في الاشتراك أو مهنته[٢] كذلك يحمل الإيجاب طابع الدوام والاستمرار فيحتفظ به لمده غير محدودة فذلك هو الذي يتفق مع طبيعة العملية ومع كونها تتم بالنسبة لعدد كبير غير محدود من الأفراد، ويلاحظ أن طابع العموم في الإيجاب ليس قاصراً على عقود الإذعان فهو موجود في البيوع بأسعار محدده التي تقوم بها المحال التجارية الكبرى وكما هو موجود في بيوع المزاد تبعا لقائمه معينة للشروط وليست هذه العمليات ومثيلاتها تدخل في عقود الإذعان والحقيقة أن طابع العموم في الإيجاب هو مظهر لتطور الفن التعاقدي أكثر منه صفة قاصرة على عقود الإذعان[٣] وقد حددت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني خصائص معينة يتحدد من خلالها عقود الإذعان:

١- أن يتعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولية بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين.

٢- احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو على الأقل عدم تعرضه بالنسبة لها إلى المنافسة محددة النطاق.

٣- أن يكون الإيجاب موجها إلى الجمهور كافه بشروط متماثلة ولمده غير محدده، وعلى هذا النحو يعتبر من عقود الإذعان تلك العقود التي يعقدها الأفراد مع شركات الكهرباء والغاز

---

(١) الشيخلي، **عقد الإذعان**، مرجع سابق، ص٥٥.

(٢) السنهوري (١٩٣٤)، **نظرية العقد**، مرجع سابق، ص٢٨١.

(٣) الصده (١٩٤٦)، **عقود الإذعان في القانون المصري**، مرجع سابق، ص٦٧-٦٨.

والمياه والسكك الحديدية أو مع مصالح البريد والتلفونات والتلغرافات أو مع شركات التأمين[1].

الفقرة الرابعة: صدور الإيجاب في قالب نموذجي ويعرض ككل يقبل جمله أو يرفض جمله، ويغلب أن يكون في صيغه مطبوعة تنطوي على كثير من الشروط المعقدة لا يفهمها الشخص العادي وقد لا يكلف نفسه مشقة قراءتها وتتضمن عادةً شروطاً كثيرة في صالح الموجب بعضها يجازي التقصيرات المحتملة من الطرف المذعن وبعضها يعفي أو يحد من مسؤولية الموجب التعاقدية.

ولعل في الرجوع إلى الاستمارات المطبوعة والمعدة من قبل مؤسسات الكهرباء والماء والهاتف أفضل دليل على ذلك[2] أما أن يصدر الإيجاب في قالب نموذجي فذلك نتيجة طبيعية لكون الإيجاب عامة كما أنه يخضع بذلك إلى مقتضيات تطور الفن التعاقدي وهذا يعني أنه يصدر بصوره موحده أي بشروط متماثلة لكل من يتقدم للتعاقد وتتوفر فيه شروط معينة ويرجع لهذه الاعتبارات أيضاً كون الإيجاب يعرض ككل يقبل جمله أو يرفض جمله فلذلك يتصل بعمومية الإيجاب وبالتالي بالتوحيد في المعاملة ثم بالسهولة التي ترتب على اعتبار المناقشة وعدم إمكانية التعديل أضافه إلى هذه الاعتبارات أن الموجب في عقد الإذعان له من القوه الاقتصادية التي تجعله يتفوق على الطرف الآخر في العقد ويمكنه من عرض إيجاباً لا يقبل له المناقشة أما كون الإيجاب يصدر بصيغة مطبوعة وهو ما يحصل غالباً فذلك لمجرد السهولة وتوفيراً للوقت والمجهود[3].

إن الخصائص السابقة لازمة لاعتبار العقد من عقود الإذعان فإن لم تتوافر هذه الخصائص مجتمعه لا يعد العقد من عقود الإذعان وبالتالي لا يأخذ حكمه[4]، وقد حددت محكمة التمييز العراقية مميزات عقود الإذعان في قرار لها وذلك في القضية التالية:

دخلت طالبه في دار التمريض وتعهدت بكفالة شخص آخر بالدوام وعدم الانقطاع والتوظف لدى الحكومة وعند مخالفتها لهذا التعهد تدفع مبلغ (١٥٠) دينار وقد خالفت التعهد

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.

(٢) الشيخلي، **عقد الإذعان**، مرجع سابق، ص٥٧.

(٣) الصده (١٩٤٦)، **عقود الإذعان في القانون المصري**، مرجع سابق، ص٦٩.

(٤) الشيخلي، **عقد الإذعان**، مرجع سابق، ص٥٨.

المذكور بانقطاعها عن الدوام فطلبت وزارة الصحة من الطالبة وكفيلها دفع المبلغ ولم يدفع أحد منهما المبلغ وأقيمت الدعوة أمام محكمة الصلح ولما كان قرار المحكمة غير مرض لوزارة الصحة ميزته هذه الأخيرة أمام محكمة التمييز التي نقضت القرار وحددت بهذه المناسبة مميزات عقود الإذعان حيث قالت (لدى التدقيق والمداولة تبين أن المحكمة أصدرت قرارها برد دعوى المميز دون أن تلاحظ أن العقد المبرم بين المميز والمميز عليها ليس من عقود الإذعان المنصوص عليها في المادة /١٦٧ مدني، فعقود الإذعان لا تكون إلا في دائرة معينة تحددها خصائص هي:

١- تعلق العقد بسلع أو مرافق من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين.

٢- احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق.

٣- صدور الإيجاب إلى الناس كافه وبشروط واحده مفصله أكثرها لمصلحة الموجب ومن أمثال هذه العقود شركة الكهرباء والتأمين فإذا ما رجعنا إلى العقد المبرم في القضية المميزة نجد أنه خال من خصائص عقود الإذعان فليست المميزة عليها ملزمة بالدخول إلى دار التمريض فمجال الحياة الشريفة أمامها واسع وليس في العقد المبرم شروط كلها لمصلحة وزارة الصحة وإنما تضمن العقد حقوقا وواجبات متبادلة تم الاتفاق عليها بتوافق إرادتين ليست إحداهما بأقوى من الأخرى وحيث إنما ذهبت إليه المحكمة من اعتبار العقد المبرم في الدعوى من عقود الإذعان هو خارج عن ما رسمته الحقوق التي منحتها إياها المادة ١٦٧ مدني لذا جاء قرارها مخالفا للقانون فتقرر نقضه) [١].

ويتضح من هذا القرار أن محكمة التمييز العراقية حددت خصائص عقود الإذعان على النحو الذي يحدده الفقه، وأن هذه الخصائص جعلت الإيجاب والقبول في هذا النوع من العقود يختلف عنه في العقود الأخرى فالتفوق الاقتصادي للطرف الموجب وتعلق موضوع العقد بسلع أو مرافق يعد من الضروريات جعلت الإيجاب الصادر من الطرف القوي إيجاباً باتاً يقابله إذعاناً من الطرف الضعيف حيث لا يتم هذا بحريه في المفاوضة أو المساومة أو المناقشة فهو أما أن

---

[١] تمييز ٢٧ شباط ١٩٦١ -القضاء المدني العراقي- ج١- ص١٦٧-١٦٨.

يقبله أو يرفضه فيتحمل الحرمان الناتج عن عدم حصوله على السلعة أو الخدمة التـي تعتبـر ضرورية له.

ولتوضيح الإيجاب والقبول في عقد الإذعان نرى من الضروري أن نتنـاول موضـوع الرضا في عقد الإذعان وخصائص هذا الرضا بشيء من التفصيل.

الفرع الثالث: الرضا في عقود الإذعان

الأصل في العقود أن تتم نتيجة مفاوضة بين الطرفين يقف كل منهما من الآخر على قدم المساواة حيث يتاح لكل منهما مناقشة جميع شروط العقد مع الطرف الآخر إلى أن يصلا إلـى اتفاق تام على جميع شروط العقد، لكن الأمر مختلف تماما في عقود الإذعان فالإيجاب والقبول في عقود الإذعان يتميزان ويختلفان عن العقود الأخرى ولكل منهما طابعه الخاص لذلك سنتناول كل منهما على جانب:

الفقرة الأولى: الإيجاب في عقود الإذعان

يتميز الإيجاب في هذه الطائفة من العقود بالمميزات التالية:

١. **إيجاب قطعي**

أن الإيجاب في عقد الإذعان يصدر في صوره قاطعه ويشتمل على كل شـروط العقـد الجوهرية والتفصيلية ولا يكون الموجب على استعداد للمناقشة فيه وبذلك لا يحتاج لتمام العقـد إلى أكثر من مجرد قبول يكون بمثابة تسليم وإذعان لما صدر من الموجب[١] وقد نصت علـى ذلك المادة (١٠٤) من القانون المدني الأردني بقولها (القبول في عقود الإذعان يقتـصر علـى مجرد التسليم بشروط مقرره يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها)، كما نصت الفقرة الأولى من المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي بقولها (القبول في عقود الإذعان ينحصر في مجـرد التسليم بمشروع عقد بنظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه مناقشة)، وتنص المادة (١٠٠) من القانون المدني المصري على أن (القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بـشروط

---

[١] الصده، (١٩٧٤)، **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، مرجع سابق، ص١٣٧.

مقرره يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها)[1]، إلا أن هذا لا يمنع في بعض الصور من أن يكون العرض الصادر من الموجب المتفوق اقتصاديا في العقد مجرد دعوه إلى التعاقد لا ترقى إلى مستوى الإيجاب وذلك حين تكون شخصية الطرف المذعن محل اعتبار في العقد كما هو الحال حين ترسل شركة التأمين شروط التأمين ونسخه من العقد إلى أحد الأشخاص إذ أن هناك اعتبارات شخصية يجب أن تبحثها الشركة قبل التعاقد، كما أنه لا يمنع في صور أخرى من أن يكون الإيجاب مصحوبا بشروط أو تحفظات ضمنية مقتضاها أن يكون استعداد الموجب للتعاقد في حدود طاقة المشروع كما هي الحال بالنسبة لمصلحة السكك الحديدية التي تستطيع أن ترفض المسافرين إذا كانت الأماكن قد نفذت ومع ذلك فحتى في هذه الصور يكون العرض فيما عدا هذه التحفظات الضمنية وتلك الاعتبارات الشخصية متضمنا لكل شروط التعاقد[2].

٢. إيجاب عام ودائم

يصدر الإيجاب من المتفوق اقتصاديا في عقد الإذعان إلى الناس كافة وبشروط متماثلة تصدر من محتكر قانوني أو فعلي، فهو إيجاب غير شخصي ذلك لأن شخصية المذعن ليست محل اعتبار فالإيجاب الصادر من مؤسسة الكهرباء إيجاب لكل الناس ولا تهتم المؤسسة إلى صفة الشخص الراغب في الاشتراك أو مهنته أو ما إلى ذلك من صفات شخصية[3]، وهو إيجاب دائم إذ يصدر على نحو مستمر فيكون ملزما لمده أطول بكثير مما عليه الحال بالعقود العادية ولا يمكن أن يقال هنا أن الإيجاب يكون ملزما فقط خلال المدة الكافية للإجابة عليه، وطول مدة الإيجاب مسألة آنية من طبيعة الإيجاب وظروفه فهو إيجاب للكافة وبشروط متماثلة يصدر عن موجب غالبا ما يكون صاحب مشروع كبير أو شركة كبيرة تغلب عليه النزعة التنظيمية الدقيقة وتدرس شروطه بعناية من أناس ذوي اختصاص وتحدد أسعاره نتيجة لدراسة وافيه، مثل هذا الإيجاب لا ينتظر أن ينزع صاحبه بين آونة وأخرى إلى تعديله فهذا لا يتفق مع طبيعة مشروعه ولا مع مقتضيات حسن السير فيه فإن فعل فذلك لا يكون غالباً إلا على اثر تطورات اقتصاديا

---

(١) وفي هذا المعنى أيضاً نصت المادة (١٥٩) من القانون المدني اليمني والمادة (٢/١٧٢) من قانون الموجبات والعقود اللبناني والمادة (٤٥) من القانون المدني السوداني والمادة (١٤٥) من القانون المدني الإماراتي والمادة (١٠١) من القانون المدني السوري والمادة (٧٠) من القانون المدني الجزائري.

(٢) الصده، عبد المنعم فرج (١٩٥٨)، **محاضرات في القانون المدني**، قسم الدراسات القانونية، معهد الدراسات العربية، القاهرة: جامعة الدول العربية، ص ٩٤.

(٣) الشيخلي، **عقد الإذعان**، مرجع سابق، ص٣٦.

تحمله على ذلك وهذه التطورات الاقتصادية يفترض فيها أن لا تتم إلا ببطـــيء وفـــي فتـــرات طويلة[١]، وأن اظهر ما يبدو في طول مدة الإيجاب ذلك الإيجاب الذي يصدر عن موجب يتمتع باحتكار قانوني مثل (مصلحة الكهرباء، الماء، الاتصالات، السكك الحديدية) فهو يحدد أسعاره وشروطه على أساس تعريفه تخضع لموافقة السلطات العامة وليس له أن يعدل هذه الأسعار أو الشروط إلا بموافقة من هذه السلطة ومثل هذه الموافقة لا ينتظر صدورها إلا بعد مـــضي مـــدة طويلة جداً[٢].

٣. **الإيجاب يجب أن ينشر**

يجب عرض هذا الإيجاب على الجمهور بنشره أو بتمكين من يريد الاطلاع عليـــه عـــن طريق المنشورات أو عن طريق اللصق في أماكن ظاهرة للعيان أو حتى عن طريق الإشارة إلى مطبوعات يسهل الرجوع إليها للتعرف على مدى الإيجاب وشروطه، فإذا تم ذلك فكل من يقبل الإيجاب يتقيد به حتى ولو ثبت أنه لم يطلع عليه بالفعل مادام أنه كان يستطيع الاطلاع عليـــه[٣] فإذا نشر الإيجاب أصبح ملزما حتى بالنسبة للشخص الأمي الذي لا يعرف القراءة[٤] وطبقا لذلك يتقيد من اشترى تذكرة السفر بالسكك الحديدية أو الباخرة بالشروط التي كان يمكنه أن يعرفها لو كان نفسه ذلك فهو يتقيد بالشروط الموجودة في تذكرة السفر وكذلك بشروط التعريفة الملصقة أو الموضوعة في متناول الجمهور والتي تشير إليها تذكرة السفر، لكن لا يتقيد بالشروط الواردة في تذكرة السفر في الباخرة إذا كان لم يأخذ التذكرة إلا بعد حجز محله، كذلك يلتزم العامل بلائحـــة المصنع بمجرد علمه بها سواء كان ذلك عند دخول المصنع أو أثناء وجوده به ولكن لا يفترض علمه بهذه اللائحة إلا إذا كان صاحب المصنع قد اتخذ الوسائل الكفيلة بتيسير هذا العلم وذلك بأن تكون اللائحة معلقه بطريقه ظاهرة ومنتظمة وعلى ذلك فالشروط التي لم تنشر والتي لم توضع بحيث يتمكن المتعاقد من الاطلاع عليها لا يتقيد بها[٥].

---

[١] الصده (١٩٤٦)، **عقود الإذعان في القانون المصري**، مرجع سابق، ص٨٦.

[٢] الصده (١٩٧٤)، **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، مرجع سابق، ص١٣٧.

[٣] الصده، (١٩٤٦)، **عقود الإذعان في القانون المصري**، مرجع سابق، ص٨٧.

[٤] السنهوري (١٩٣٤)، **نظرية العقد**، مرجع سابق، ص٣٢٠.

[٥] المرجع ذاته، ص٢٨١.

٤. الإيجاب يؤخذ بجميع شروطه وتحفظاته

فالإيجاب لا يلزم من صدر عنه إلا في الحدود التي يفصح فيها هذا الإيجاب عن رغبته في أن يلتزم وعلى هذا الأساس يمكن أن يكون الإيجاب مصحوبا بشروط أو تحفظات ضمنية وهذه التحفظات هي فقط تلك التي تكون موجودة بطبيعتها نتيجة للظروف العامة التـــي يوجـــد فيهـــا الموجب[١]، لهذا كان للناقل أن لا يقبل أشخاص في حالة سكر بين لأنهم قـــد يـــسببون بعـــض الحوادث، كذلك صاحب الفندق أن لا يقبل إلا أناسًا ذوي هيئة مناسبة تتلاءم مـــع نـــوع فندقـــه ودرجته[٢] والقاضي يأخذ بالتحفظات الضمنية التي تكون ضرورية لصاحب العمـــل فلمـــدير المسرح أن يرفض دخول شخص في مسرحية كان في اليوم السابق سببا في وقوع فضيحة لأن هذا يقتضيه حسن سير العمل لكن هذا المدير لا يحق له أن يمنع دخول منافس جاء ليحكم علـــى مدى صلاحية الممثلين لأن هذا لا يقتضيه حسن سير العمل بل تقتضيه حب منع المنافسة[٣].

٥. الإيجاب حتمي

لا يعتبر مجرد احتراف مهنة معينة أو ممارسة تجارة معينة في حد ذاته إيجاباً إنما الأصل بالنسبة لمحترف المهنة أو لممارس التجارة أن يدعوا الجمهور إلى التعاقد، إلا أن الأمر يختلف في حال احتكار ذلك المحترف للمهنة أو التجارة ففي هذه الحالة يعتبر في حالة إيجـــاب ملـــزم وينبغي عليه أن يقبل كل شخص يتقدم إليه وأن يلتزم بإيجابه فلا يرجع عن طول مدة الاحتكار ويكون هذا الإيجاب في غاية الوضوح في حالة الاحتكار القانوني فالـــشركات أو المـــصالح أو الأفراد الذين يحتكرون (قانوناً) عمليات النقل المختلفة والمراسلات البريدية والبرقية والهاتفيـــة وتوريد الماء والكهرباء والغاز إنما تخضع لتنظيم خاص بينها وبين السلطة العامة يفرض عليها أن تقبل كل من يتقدم إليها من الجمهور في ظروف معينة وبشروط خاصة يحددها هذا التنظـــيم كذلك يوجد الإيجاب الحتمي في حالة الاحتكار الفعلي مادام الأمر يتعلق بسلعة ضرورية أو مرفق ضروري فكلما تأكدت صبغة المنفعة العامة في العمل الذي يقوم به المحتكر كلما كان مطالبا بسد حاجيات الجمهور بشأنه[٤].

---

(١) الصده (١٩٤٦)، **عقود الإذعان في القانون المصري**، مرجع سابق، ص٩٠.

(٢) السنهوري (١٩٣٤)، **نظرية العقد**، مرجع سابق، ص٢٨١.

(٣) الصده (١٩٤٦)، **عقد الإذعان في القانون المصري**، مرجع سابق، ص٩١.

(٤) المرجع ذاته، ص٩١.

الفقرة الثانية: القبول في عقود الإذعان

توحي فكرة الإذعان بأن القبول في هذه العقود يختلف عن القبول في العقود الأخرى في أنه لا يعبر عن إرادة حقيقية بالقابل حيث يكون القبول إذعاناً ورضوخاً وتسليماً بالشروط التي جاء بها الإيجاب فالموجب يصدر إيجابًا نهائياً ولا يكون عنده استعداد لقبول بحثه أو مناقشته[١] وقد نصت على ذلك الفقرة (١) من المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي بقوله (القبول في عقود الإذعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه مناقشة)، وتنص المادة (١٠٤) من القانون المدني الأردني على (القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها)، وتنص المادة (١٠٠) من القانون المدني المصري على أن (القبول في عقد الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقرره يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها) [٢] والقبول في عقود الإذعان يتحقق بموافقة المستهلك على الشروط أو على النماذج التي فرضها الطرف القوي كما جاء في المادة (١٠٤) مدني أردني ونظرا لهذه الخصوصية لهذا النوع من العقود فقد حاول المشرع الأردني أن يخفف من غلوائها إذا ما تضمنت شروطا تعسفية وأعطى للقاضي صلاحية تعديل هذه الشروط التي وردت في العقد أو يعفي الطرف المذعن منها[٣] تحقيقاً للعدالة التي هي روح القانون وكما سنبين ذلك تفصيلا في المبحث الثاني من هذا الفصل، وقد ورد في مذكره الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري أن القبول في عقد الإذعان (أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى المشيئة)[٤].

وقد يتبادر إلى الذهن سؤال: هل يمكن اعتبار الإذعان في مثل هذه العقود ضربا من القبول بالإكراه وبالتالي عيبا من عيوب الرضا الذي يؤدي بالعقد إلى البطلان؟

والواقع أنه لا وجه للقياس بين عقود الإذعان وبين تلك العقود التي يكون فيها الرضاء مشوبا بعيب الإكراه ذلك لأن الإرادة في النوع الثاني من العقود تفقد سلطانها تماما لأنها تنعدم تحت وطأة الإكراه، في حين أن عقود الإذعان لا تعدم الإرادة بل تنقص من سلطانها فيما يتعلق

---

(١) السنهوري (١٩٥٢)، **الوسيط في شرح القانون المدني**، مرجع سابق، ص٢٢٩.

(٢) انظر المادة/ ١٠١ مدني سوري والمادة/ ٧٠ مدني جزائري والمادة/ ١٧٢ من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(٣) انظر المادة/ ٢٤٠ من القانون مدني الأردني رقم ٤٣ لسنه ١٩٧٩.

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية، القانون المدني المصري، ج٢، ص٦٨-٦٩.

بتحديد شروط التعاقد، ومن وجه آخر فإنه ليس هنالك إكراه في عقود الإذعان على قبول التعاقد لأن القبول فيها يقع على بينه واختيار بخلاف الوضع في القبول المعيب بالإكراه ولقد عرفت الفقرة (١) من المادة (١١٢) من القانون المدني العراقي الإكراه بقولها (الإكراه هو إجبار شخص بغير حق على أن يعمل عملا دون رضاه) ومن هذا التعريف يتضح أن الإكراه يتطلب توافر ثلاثة عناصر هي (الإجبار، والتأثير في الرضاء، وعدم مشروعية الإكراه) وعند النظر إلى العناصر الثلاثة نجدها بعيده عن عقود الإذعان[١].

أما سبب تسمية هذه الطائفة من العقود بعقود الإذعان فأنها وأن كانت تميل إلى معنى الإكراه أكثر من ميلها إلى معنى القبول الاختياري إلا أنها تسمية تتماشى مع ما تنطوي عليه هذه العقود من معنى الإذعان عن ما يمليه الموجب من شروط لا تقبل المناقشة، والاضطرار في القبول ناشئ في الحقيقة إلى الحاجة إلى التعاقد، فالرضا موجود ولكنه مفروض على القابل لأسباب تتصل بعوامل اقتصادية أكثر من اتصالها بعوامل نفسية[٢]، ومن وجهة أخرى أن المتعاقد حر في أن يذعن أو لا يذعن للتعاقد مع الطرف الذي استقل بصياغة بنود العقد وفوق ذلك كثيراً ما يجد نفسه أمام مشروعات عدة لكل منها تعريفاته الخاصة به ويستطيع اختيار المتعاقد معه من بينها كما هو الحال مثلا في شركات التأمين وشركات النقل الجوي، وكل ما في الأمر أنه يواجه إيجاب مفصل للعقد المراد إبرامه يكون عليه أن يقبله أو يرفضه دون أن يملك تعديل شيء من معطياته[٣] وصدور القبول يعني تمام العقد والتزام الموجب بمضمون إيجابه ومع ذلك هناك حالات يقع فيها القبول ويكون للموجب أن يرفض التعاقد وهناك تحفظات ضمنية في الإيجاب تمليها طبيعة العمل أو ظروف التعامل في حالات معينة يقع فيها القبول ويكون مع ذلك غير مطابق للإيجاب ذلك هو الأساس القانوني الذي يعني أن توافق الإرادتين لم يتم[٤] لذلك سنتناول موضوع إمكانية رفض القبول من قبل الموجب.

---

(١) الشيخلي، **عقد الإذعان**، مرجع سابق، ص٤٢.

(٢) السنهوري (١٩٥٨)، **الوسيط في شرح القانون المدني**، مرجع سابق، ص٢٢٩.

(٣) الجمال، مصطفى محمد (٢٠٠١)، **السعي إلى التعاقد في القانون المقارن وسلطان الإرادة**، ط١، بيروت: منشورات الحلبي، ص١٠٥.

(٤) الصده (١٩٤٦)، **عقود الإذعان في القانون المصري**، مرجع سابق، ص٩٣.

الفقرة الثالثة: حالات رفض القبول

القاعدة هي أن لكل إنسان أن يقبل الإذعان وليس هناك استثناء لذلك إلا ما كـــان نتيجـــة طبيعية لنوع الأعمال التي يقوم بها الموجب، كما في حالة صاحب المصنع الذي يمكن أن يعتبر ضمنا أنه لا يبيع إلا لتجار الجملة إذ أن طبيعة عمله تقتضي ذلك[١] ويمكن أن نتعــرف علـــى الحالات التي يمكن فيها رفض القبول وهي كالتالي:

١. حالة التحفظ الصريح والتحفظ الضمني

هناك حالة لاشك فيها هي حالة التحفظ الصريح، يمكن للموجب أن يتحفظ دائما فينص على أن لا ينفذ إيجابه في حالات معينة ينص عليها، وعلى عكس ذلك هناك حالات أخرى وهي التي يوجد فيها نص يقرر أن الموجب لا يمكنه أن يرفض القبول وهذه هي حالة الاحتكار القانوني كما هو الحال في مرافق النقل والمياه والكهرباء والغاز[٢] ويرى البعض أن الإيجاب الذي يوجه إلى الجمهور لأشخاص غير معينين يتضمن دائما تحفظات ضمنية لم تجر العادة بإعلانهـــا فعقـــود الإذعان تشتمل على شروط أو تحفظات ضمنية وهي تلك التي تنطق بها طبيعة العملية وتفرضها مصلحة العمل[٣] والمسألة كما يبدو تقديرية، ولكن رفض القبول يجب أن يستند إلى دوافع عادله وأسباب معقولة تنهض بها طبيعة العملية ويبرزها حسن سير العمل لدى الموجـــب، فالموجـــب يجب أن تكون له مصلحه معقولة في أن يرفض التعاقد فليس له أن يرفضه حسب هواه أو لمجرد الأضرار[٤] وعلى ضوء هذا يكون لشركة التأمين أن ترفض تأمين شخص معرض للأخطـــار بنوع خاص ولكن ليس للموجب أن يرفض التعاقد مع شخص لأنه سبق وأن كانت له بينهما قضية أو لسوء سيرة هذا الشخص مما لا علاقة له بصالح العمل[٥].

---

(١) ديموج، **الالتزامات**، ص٢٢٣، نقلاً عن الصده (١٩٧٤)، **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، مرجع سابق، ص٩٣.

(٢) الشيخلي، **عقد الإذعان**، مرجع سابق، ص٤٣.

(٣) السنهوري (١٩٣٤)، **نظرية العقد**، مرجع سابق، ص٢٨١.

(٤) الصده (١٩٧٤)، **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، مرجع سابق، ص٩٦.

(٥) السنهوري (١٩٣٤)، **نظرية العقد**، مرجع سابق، ص٢٨٢.

٢. حالة إبرام عدد محدود من العقود

يتصل بما سبق من إمكان رفض الموجب للقبول أحياناً حالة خاصة هي تلك التي لا يمكن للموجب فيها أن يبرم من العقود إلا عددا محدودا والمسألة هنا لا تخرج عن حدود تحفظ ضمني في الإيجاب يفهم منه أن الموجب وهو يعلن استعداده للتعاقد إنما يتجه إلى أن يقوم بذلك في حدود طاقة مشروعه، فالحالة هنا وأن كانت تختلف في طبيعتها عن الحالات السابقة إلا أنها تـشترك معها في الخضوع لأصل عام يقوم على شروط ضمنية في الإيجاب[١] وفي هذه الحالة يمكـن للموجب أن يرفض أي عقد يأتي بعد استنفاذ العدد الممكن، فمدير المسرح مثلا له أن يـرفض دخول أي شخص من الجمهور إذا كانت المقاعد شغلت جميعها، وشركة السكك الحديدية يمكنها أن ترفض المسافرين إذا كانت المقاعد قد ملئت[٢]، فالملاحظ أن الموجب لا يكون ملزما بالتعاقد إلا في حدود طاقة مشروعه وفي هذه الحالة تكون الأفضلية للأسبق ومثل هذا الوضـع يكـون مقبولا بالنسبة لخدمات خاصة كالمسارح أو وسائل نقل معينة، أما إذا تعلق الأمر بمرفق أساسي لا غنى عنه كالنقل بالسكك الحديدية أو المياه أو الكهرباء أو الغاز، يتغير الوضع تماما لأنـه لا يستطيع أحد من الجمهور أن يكون في غنى عن هذه المرافق الضرورية ولان الاحتكار القانوني يخضع لتنظيم خاص يتم بين السلطات العامة والملتزم وهذا التنظيم يفرض على الملتزم أن يقوم بما يواجه به كل طلبات الجمهور واحتياجاته فيما يتعلق بالمرفق الذي منح امتيازه لهذا كان من الطبيعي أن يستعد الموجب بأدوات ومواد تكفي لمواجهة ما يطلب منه ولا تعفيه مـن ذلـك إلا القوى القاهرة[٣].

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقود الإذعان

على الرغم من اتفاق الشراح على أن عقود الإذعان لها مميزات وصفات خاصة فـإنهم اختلفوا في تحديد الطبيعة القانونية لهذه الطائفة من العقود فقد انقسم الفقه فـي معالجـة عقـود الإذعان إلى ثلاثة اتجاهات، أما الاتجاه الأول فقد ذهب إلى إنكار الصفة التعاقدية لهذه العقـود،

---

(١) الصده (١٩٧٤)، **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، مرجع سابق، ص٩٨.

(٢) ديموج، الالتزامات، ص٣٢٥ نقلاً عن الصده (١٩٧٤)، **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، مرجع سابق، ص٩٨.

(٣) الشيخلي، **عقد الإذعان**، مرجع سابق، ص٤٧.

بينما يذهب الاتجاه الثاني إلى عكس ذلك فيرى أن هذه الصفات الخاصة ليس من شأنها أن تخرج هذا النوع من العقود من الدائرة التعاقدية، بينما يذهب الاتجاه الثالث إلى طريقا وسطا ما بين الاتجاهين الأولين محاولا التوفيق بينهما فمنهم من يميل في توفيقه إلى هذا ومنهم من يميل إلى ذاك ومنهم من يقف في منتصف الطريق[1] وأن الطريقة التي يتم بها اتفاق الإرادتين في عقد الإذعان سببا في اختلاف الفقهاء فيما يتعلق بطبيعة هذا العقد لذلك سنتناول هذا المطلب وفق الخطة التالية:

الفرع الأول: النظرية غير التعاقدية لعقد الإذعان

الفرع الثاني: النظرية التعاقدية لعقد الإذعان

الفرع الثالث: النظريات الوسط

الفرع الرابع:تمييز عقد الإذعان عن بعض العقود التي تشتبه به

الفرع الأول: النظرية غير التعاقدية

تقوم فكرة هذه النظرية على أن مفهوم العقد هو توافق إرادتين عن حرية واختيار وفي عقود الإذعان لا يصدر القبول عن حرية واختيار وإنما هو مجرد إذعان ورضوخ لذلك يقرر بعض الشراح أن عقد الإذعان ليس سوى عمل انفرادي أو مركزاً قانونياً منظماً وأن الفكرة تدور عموما حول إرادة واحدة منفردة هي إرادة الموجب فتكون بمثابة قانون أو لائحة تضعها الشركات التي تحتكر منفعة عامة وتفرض على الناس إتباعها فإرادة الموجب هي التي تتفوق تفوقا تاما بحيث تملي مشيئتها لا على فرد واحد بل على مجموعة غير محددة من الأفراد لا تملك سوى الخضوع لما فرض عليها فهي إذا تصرفات ذات طبيعة لائحية[2] ومن أشهر القائلين بهذه النظرية الفقيه سالي وديجي وهوريو، وجميع هؤلاء ينكر على عقود الإذعان صبغتها التعاقدية لأنها لا تصدر عن إرادة حرة ولا يمكن أن يقال أن من يتعاقد مع شركات الاحتكار يقف فيها موقف الند بالند بل هو لا يستطيع إلا أن ينزل على حكم هذه الشركات، فالرابطة القانونية فيما بينه وبينها قد خلقها في الواقع إرادة المحتكر وحدها وهذه الإرادة المنفردة هي بمثابة قانون أخذت شركات الاحتكار الناس في إتباعه شأنه كقانون وتفسير العقد الإذعاني وتحديد الالتزامات التي

---

(1) الصده (١٩٧٤)، **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، مرجع سابق، ص١٠٧.

(2) سالي، التعبير عن الإرادة، ص٢٢٩ نقلاً عن السنهوري (١٩٥٢)، **الوسيط في شرح القانون المدني**، مرجع سابق، ص٢٣١.

يولدها يجب أن يكون في ضل هذه الاعتبارات، فيفسر العقد كما يفسر القانون لا باعتبار أنه وليد إرادة الأفراد فمعنى بتفسير هذه الإرادة بل باعتبار أنه ينظم المصلحة العامة لمجموع الأفــراد الذين يخضعون له فيطبق هذا القانون التعاقدي تطبيقا تراعى فيه مقتضيات العدالة وحسن النية وينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضع لتنظيمها[١].

من ذلك يتضح أن أنصار النظرية غير التعاقدية يعتبرون عقد الإذعان عملا من جانــب واحد وأن القبول بعيد عن أن يغير من طبيعته ويجعله من جانبين وعمد الأستاذ ديريه إلى تشبيه خاص فذكر أنه إذا تحرك قطار عند انطلاق الصفارة فلا يقال أن حركة هذه الكتلة الهائلة ينــتج من تعاون بين الآلة البخارية والصفارة، فالصفارة لم تعطي سوى الإشارة والآلة هي التي تحدث حركة القطار كذلك الحال في أعمال الإذعان إذ ليس الإذعان سوى الصفارة أي الإشارة التــي يطبق بها العمل[٢] ويمكننا أن نوجز الحجج التي يستند إليها أنصار هذه النظرية بالنقاط التالية:

١. عقود الإذعان تنقصها الإرادة التعاقدية التي يجب أن تتوافر في كل عقد ويتضح أن سالي وديجي يأخذان على عقد الإذعان أنه تنقصه الإرادة التعاقدية التي تخالف في نفس الوقت إرادة الموجب وإرادة القابل أو التي تكون نتيجة لتحديد متبادل من الإرادتين في العقد[٣].

٢. أنصار هذه النظرة يربطون فكرتهم عن الإرادة المشتركة التي يجب أن تتوفر في العقــد بوجوب توفر المساواة بين المتعاقدين، فهم يرون أن هذه المساواة –وهي التي تفرضـــها فكرة العقد– هي التي تكمل وجود الإرادة المشتركة، وعلى هذا النحو يتحدث هوريو عن عقد الإذعان فيقول أنه ليس عقدا حقيقيا فرديا لأن هذا من طبيعته أن تكون الإرادتان في مركز المساواة وأن الشروط يمكن أن تناقش[٤].

٣. يرى أنصار هذه النظرية أن التفاوت الموجود بين طرفي العقد لا يمكن المتعاقد مــن أن يناقش شروط العقد وبذلك لا يكفل الوصول إلى إرادة مشتركة ولان المتعاقد مع ذلك في

---

(١) السنهوري، **الموجز في النظرية العامة للالتزامات**، مرجع سابق، ص٦٩.

(٢) ديريه، **الطبيعة القانونية لعقود الإذعان**، ص٥١٢، نقلاً عن الصدة (١٩٤٦)، **عقود الإذعان في القانون المصري**، مرجع سابق، ص١١٤.

(٣) الصده، المرجع ذاته، ص ١١٦.

(٤) سالي، **الالتزامات في القانون المدني الألماني**، ص٤٤٥-٤٤٦ أشار إليه الصده، المرجع ذاته، ص١١٦-١١٧.

حاجة إلى أن يتعاقد فهو إذا لا يقبل عن حرية ولا عن بينة لذلك يرى سالي أنه ليس صحيحا أن يقال أن العامل يلتزم بموجب عقد لأن المتعاقدين لا يتساويان ولأنه في الواقع لا يساوم ولا يناقش ولا يد له في وضع النظم التي يخضع لها في عمله[١] فمثلا في عقد التأمين لا يعتقد أن المؤمن له قد قبل بحرية وإدراك عن بينة كل مضمون وثيقة التأمين فهذه الصفحات الطويلة المطبوعة بحروف دقيقه وبطريقة صعبة الفهم وهذه الالتزامات الكثيرة المفروضة وشروط السقوط هذه التي تضع المؤمن له دائما تحت رحمة الطرف الآخر لا يعقل أن تكون محل قبول كهذا[٢].

٤. يرى أنصار هذه النظرية أن السلطة اللائحية التي يعطونها للموجب في عقد الإذعان لها ما يبررها لأنه أمام قوة الدولة توجد قوة اجتماعية لا يمكن إنكارها بين أصحاب المصانع وشركات التأمين والمحلات الكبرى ومشروعات النقل البحري[٣] أن عقد الإذعان بما يخفي ورائه من تنظيم يستلزم السلطة اللائحية للموجب إنما يتضمن طابع القانون الجماعي الذي يجب أن تراعي في تفسيره مقتضيات الروابط الاقتصادية التي ينظمها ومصلحة المجموعة التي وجه إليها وهذا ما جعل الأستاذ ديموج يعتبر الأمر متعلقة (بخدمة خاصة ذات منفعة عامة) بحيث يجب أن يعي في تطبيق عقد الإذعان بصالح العمل أولاً ثم بما يستحق الحماية من صالح كل طرف من طرفي العقد[٤].

الفرع الثاني: النظرية التعاقدية

أما الفريق الثاني وهم غالبية فقهاء القانون المدني فلا يرون الحجج التي تقدم بها أصحاب النظرية الأولى مقنعا، فإن أكثر العقود يتحقق فيها ما نراه في عقود الإذعان من اضطرار أحد الطرفين أو كليهما للتعاقد، وعدم التساوي بين المتعاقدين لا يمكن توقيه بل أنه أقل ضرراً في عقود الإذعان منه في العقود الأخرى، فهو في عقود الإذعان يسري على جميع من يتعاقدون مع المحتكر إذ الكل سواء أمامه لأن الإيجاب معروض على الكافة فيندر أن يكون هناك محل للغلط أو التدليس، ويرى أصحاب هذا الرأي أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين ويخضع

---

(١) سالي، **الالتزامات في القانون المدني الألماني**، ص٤٤٥-٤٤٦ أشار إليه الصده، المرجع ذاته، ص١١٨.

(٢) الشيخلي، **عقد الإذعان**، مرجع سابق، ص ٦٩.

(٣) المرجع ذاته، ص٧٠.

(٤) ديموج، **الالتزامات**، ص٢١٣، نقلاً عن السنهوري (١٩٣٤)، **نظرية العقد**، مرجع سابق، ص٢٨٣.

للقواعد التي تخضع لها سائر العقود[١] وقد ناصر القانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني والقانون المدني المصري فكرة العقدية شأنهم بذلك شأن بقية القوانين العربية حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي على (أن القبول في عقود الإذعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نضام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه مناقشة)، كما نصت المادة (١٠٤) من القانون المدني الأردني على (أن القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقرره يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها) [٢] ومهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر فهذا لا اثر له في طبيعة العقد ولا يسوغ تدخل القضاء لحماية الجانب الضعيف مادام لن يستغل وإنما الذي يبرر التدخل هو استغلال الضعف لا الضعف في ذاته وعلاج الأمر لا يكون بإنكار صفة العقد عن عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين ولا بتمكين القاضي من تفسير هذا العقد كما يشاء بدعوى حماية الضعيف فتضطرب المعاملات وتعم الفوضى بل أن العلاج الناجح هو تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوي ويكون ذلك بإحدى وسيلتين أو بهما معا، الوسيلة الأولى اقتصادية فيجتمع المستهلكون ويتعاونون على مقاومة التعسف من جانب المحتكر والثانية تشريعية يتدخل المشرع لينضم عقود الإذعان ويضع لها حدودا يحمي بها الجانب الضعيف[٣]، أن أنصار هذه النظرية يفندون أراء النظرية الأولى ويقولون أن الإرادة التعاقدية موجودة ذلك لأن إرادة الموجب لا يمكن أن تنتج أثراً إلا بعد انضمام إرادة القابل إليها وبذلك تساهم الإرادتان في عمل العقد والمساواة القانونية هي المطلوبة في العقد أما المساواة الاقتصادية فليست لازمه لأن اتفاق الإرادتين في العقد لا يعني بالضرورة أن يكون لكل من الإرادتين دور معادل لدور الأخرى[٤] ولا يشترط قانونا لاتفاق الإرادتين اتفاقا صحيحا أن يكون مضمون العقد محل نقاش سابق أو أن يكون من عمل الطرفين وكل ما يرد على حرية القابل في عقد الإذعان لا يعدو أن يكون نوعا من الضغط الاقتصادي الذي لا اثر له في صحة التراضي وأن جميع العقود مقيده قليلا أو كثيراً بضروريات النظام الاقتصادي[٥] لذلك

(١) ديموج، **الالتزامات**، مرجع سابق، ص٦٩.

(٢) انظر المادة/ ١٠٠ من القانون المدني المصري ومادة/ ٧٠ مدني جزائري، والمادة/ ١٠٠ مدني ليبي والمادة/ ١٧٢ من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(٣) السنهوري، **الموجز في النظرية العامة للالتزامات**، مرجع سابق، ص٦٩.

(٤) الصدة (١٩٩٦)، **عقد الإذعان**، مرجع سابق، ص٦-٧.

(٥) الصده (١٩٥٨)، **محاضرات القانون المدني**، مرجع سابق، ص٩٧.

أن المساواة القانونية متحققة فيها والتراضي متوافر فيها والطرف المذعن يدخل فيها برضاه دون إجبار أو إكراه أو إلزام[١].

إن أبرز الحجج التي وجهها أصحاب النظرية التعاقدية في ردهم على أصحاب النظريـــة الأولى:

١. أن عقود الإذعان عقود حقيقية تسيطر عليها الإرادة المشتركة سواء كان ذلك في نشأتها أم في آثارها[٢].

٢. هناك خطأ في التقريب بين العمل الانفرادي وعقد الإذعان ذلك لأنه لا يمكن الاعتـــراف بصفة ملزمة لهذا العمل الانفرادي مادام أنه لم يصادف إذعاناً من الطرف الآخر، وهناك فارق بين الاثنين وهو أنه في التزام الإرادة المنفردة يوجد التزام على عاتق من التزم فقط قبل أن تظهر إرادة من يعلن رغبته في الاستفادة منه، في حين أن في عقد الإذعان لا يمكن أن يكون هناك التزام لا على عاتق الموجب ولا على عاتق المذعن قبل الإذعان وهذا هو السبب في أن عقد الإذعان عقد حقيقي[٣].

٣. أن مصالح الجمهور قد تظفر في عقد الإذعان برعاية أكثر من ما تظفر به فـــي العقـــود الأخرى[٤].

٤. أن الطريقة التي يتم فيها توافق الإرادتين في عقد الإذعان ليست إلا ثمرة لتطور محسوس في الفن التعاقدي ذلك التطور الذي جاء نتيجة لتطور الحياة الاقتصادية الحديثة ولهذا فإن هذه الطريقة لم تقتصر على عقد الإذعان بل نجدها في عقود كثيرة تتم بمجرد الانضمام من القابل لا نقاش فيه كما هي الحال في المشتريات بأسعار محددة مـــن المحـــال الكبـــرى،

---

(١) حداد، نزيه كمال (٢٠٠٤)، **عقود الإذعان في الفقه الإسلامي**، بحث منشور في مجله العدل، العدد ٢٤، شوال ١٤٢٥هـ، ص٥٧.

(٢) الصده (١٩٧٤)، **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، مرجع سابق، ص ١٣٦.

(٣) المرجع ذاته، ص١٣٩.

(٤) المرجع ذاته، ص١٤٠.

والإكراه الاقتصادي حالة الضرورة التي تحمل المذعن على التعاقد لا تعتبر ضغطا غير مشروع ولا اثر له في صحة التراضي[1].

الفرع الثالث: النظريات الوسط

ما بين النظريتين السابقتين أراء وسط تختلف بحسب ما يرى أصحابها في عقد الإذعـــان من قدر تعاقدي أو غير تعاقدي حيث تخضع النظريات الوسط باتجاهات ثلاث تغلب عليها نزعة التقريب بين النظريات السابقة وهذه النظريات هي:

الفقرة الأولى: نظرية الأستاذ ديموج.
الفقرة الثانية: نظرية الأستاذ جونو.
الفقرة الثالثة: نظرية الأستاذ ديريه.

الفقرة الأولى: نظرية الأستاذ ديموج

يخلص (ديموج) في نظريته أن المسألة في عقد الإذعان تتعلق (خدمة خاصة ذات منفعة عامة)[2] ويرى تبعا لذلك فيما يتعلق بتفسير العقد أنه يجب أن يخضع الطرف المذعن للـــشروط الضمنية التي تعتبر ضرورية كي يمكن للمرفق أن يسير في عمله بطريقة مقبولة فـــالأمر هنـــا يتعلق بوجوده، فقانونا يجب أن نهتم قبل كل شيء بضرورات المرافق لأن الإدارة إذا كانت غير منظمة فلا يكون هناك مرافق وهذا ما يتعلق بمصلحة العمل التي يكون لها المقـــام الأول فـــي التقدير أما فيما يتعلق بالمصالح المتعارضة في العقد وهي المصلحة المشتركة بحماية المستهلكين من ناحية والمصلحة المشتركة للموظفين أو حملة الأسهم أو أصحاب الإعمال الذين يديرون هذه المرافق من ناحية أخرى فيرى الأستاذ ديموج أنه لا يمكن إعطاء قاعدة مطلقة في هذا الـــصدد وإنما يجب أن نقدر في كل حالة المصلحة الأجدر بالعناية أو الأكثر أهمية في ما هو معـــروض علينا وبذلك نصل إلى حلول مختلفة تتفق مع الضرورات العملية ومع ذلك فإن الأستاذ ديموج لم يهمل ما لإرادة الطرف المذعن من نصيب في تمام العملية وفي جعلها عقدا، فانتهى إلى أن هناك عقدا وهذه الفكرة لعقد الإذعان وأن كانت أن تمنع المؤلف من أن يرى في المجتمع نواة لمركز

---

(1) الصده (١٩٥٨)، **محاضرات في القانون المدني**، مرجع سابق، ص٩٨.

(2) ديموج، الالتزامات، ص٣٠٧ نقلاً عن الصده (١٩٧٤)، **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، مرجع سابق، ص١٤٢.

قانوني منظم إلا أنه لا يقر بفكرة العمل الانفرادي فيجب أن لا نسقط عقد الإذعان من الناحية التي يلين فيها في قوة تبعا لضرورات المرفق من ناحية القانون الخاص[1].

الفقرة الثانية: نظرية الأستاذ جونو

يشطر(جونو) عقد الإذعان إلى شطرين وذلك بالنظر لما يتضمنه من شـروط فالـشطر الأول لائحي يضعه الطرف القوي في العقد ليفرضه على الطرف الآخر دون مناقشة وفي هذا الشق تسود إرادة الطرف الموجب المنفردة، فمثلا أن وثيقة التأمين تتضمن شـروطا مطبوعـة تضعها شركة التأمين بإرادتها المنفردة وتفرضها على المستأمن ولا تقبل نقاشا فيها فهذا الـشق يضم مركزا قانونيا منظما يتمتع به الموجب بالسيادة، أما الشطر الثاني فهو عقد شأنه شأن كـل العقود الأخرى حيث تلعب فيه الإرادتان دورهما المعتاد، فبالنسبة للوثيقة يلاحظ أن الـشروط التعاقدية المتعلقة بمحل التأمين وقيمة الأقساط ومقدار التعويض المستحق والخطر المؤمن منه، هي شروط كانت محل اعتبار من الطرفين وتشكل في حقيقتها عقدا بكل مقومات العقد[2] ويحدد الأستاذ جونو طبيعة هذا العقد بقوله أن في كل عقد إذعان يوجد:

١. عقد حقيقي يماثل تماما العقود العادية.

٢. تنظيم بإرادة منفردة للمركز القانوني الناشئ من هذا العقد[3].

وفي ما يتعلق بالتفسير يستنتج جونو:

١. أن الشق التعاقدي يفسر كأي عقد آخر.

٢. أما بالنسبة للشق اللائحي فإنه يشبهه بالقواعد المقررة، ويرى أن يجري تفسيره على النحو الذي يجري به تفسير هذه القواعد إذ يفسر بعيدا عن الجمود الذي يتبع في مادة العقد ومن ثم

---

(١) ديموج، الالتزامات، ص٣٠٧ أشار إليه الصده (١٩٧٤)، **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، مرجع سابق، ص ١٤٣.

(٢) جونو، امانويل، مبدأ سلطان الإرادة، ص٢٢٣، نقلاً عن فودة، عبد الحكم (١٩٨٥)، **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، الإسكندرية: منشأة المعارف، ص١٤٢.

(٣) المرجع ذاته، ص ٢٢٧-٢٢٨، أشار إليه الصده (١٩٧٤)، **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، مرجع سابق، ص١٤٦.

يتمتع القاضي حيال هذا بسلطات رقابية وتوفيق واسعة إذ لا يطبقها حرفيا بل مـــا يتفـــق ومقتضيات حسن النية والأوضاع الاقتصادية[١].

الفقرة الثالثة: نظرية الأستاذ ديريه

صاغ (ديريه) نظريته بمناسبة حديثه عن عقد التأمين إذ يرى أن عقود الإذعان تتـــضمن نوعين من الشروط، شروط جوهرية التي تكون عامة شفوية يتعلق بها اتفاق الطرفين المتبادل وتنحصر فيها نيتهما المشتركة، وشروط تبعية التي تكون عامة مطبوعة يعدها أحـــد الطـــرفين ليفرضها على الآخر وفي اغلب الأحيان يقبل الطرفان بإدراك وحرية الشروط الجوهرية وإما في ما يتعلق بالأخرى فالمذعن لا يعرف أو يفهم فحواها جيدا فهو يعتبرها مخصصة لتحديد أو إكمال الالتزامات الناجمة عن الشروط التي قدمت له كشروط أساسية، وليس على أنها بطريقة ملتوية تغير أو تعدل لدرجه خطيرة من جوهر العقد[٢] ومن هذا ينتهي الأستاذ ديريه إلى النتائج التالية:

١. أن الشروط التبعية فيما تفرضه من التزامات على الطرف الضعيف (المذعن) لا ينتظر أن يتم تنفيذها على الوجه الأكمل بحيث أن الشخص المتوسط الحذر في أغلب الأحيان يسيء تنفيذها، فإنه يتعين إعادة النظر فيها مثال ذلك أن الشرط الوارد في وثيقة التأمين والـــذي يلزم المستأمن بالإبلاغ عن كل حادث يقع في خلال يومين من تاريخ حدوثه وإلا سقط حقه في التعويض والقول خلاف ذلك يعني إيقاع المستأمن في كمين من شأنه إسقاط حقه لمجرد التأخير البسيط أياً كان طبيعة الحال.

٢. عندما لا تشكل مخالفة الشرط التبعي ضرراً حقيقياً للطرف المتفوق اقتصادياً فليس هناك مبرر للتمسك بحرفية الشرط والجزاء الذي يرتبه طالما حسن نية الطرف المذعن والقضاء في توقيعه للجزاء بحرمان المذعن من حقوقه إنما يعد في الحقيقة محرفا للعقد[٣].

٣. الشروط الجزائية الواردة في العقد يجب أن يكون هدفها الحقيقي تأمين تنفيذ الالتزامات التي نص عليها العقد وتعويض الموجب من الضرر الذي لحق به ومن ثم إذا لوحظ أن الشرط الجزائي – لتطرفه الشديد– لم يكن له في الحقيقة هذان الهدفان بل كان هدفه الرئيسي هو

---

(١) فودة، **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، مرجع سابق، ص٣٢٥.

(٢) ديريه، الطبيعة القانونية لعقود الإذعان، ص٢٠١، أشار إليه فوده، المرجع ذاته، ص٣٢٦.

(٣) الشيخلي، **عقد الإذعان**، مرجع سابق، ص٨٦-٨٧.

تعديل الشروط الجوهرية في العقد ومخالفة وجهه العام بإعفاء الموجب من المسؤولية فإنه يتعين إعطاء القاضي السلطة بإعادة النظر في هذا الشرط والتخفيف من شدته والنزول به إلى المستوى الذي يتفق وحسن النية(١).

ويبدو أن الرأي الراجح هو الرأي القائل بأن عقد الإذعان إنما هو عقد حقيقي يتم باتفاق إرادتين، أما ضعف المذعن في مواجهة الموجب فهي ظاهرة اقتصادية وليست ظاهرة قانونيـــة ومعالجة ذلك يكون بتقوية الجانب الضعيف بالعقد كي لا يستغل من قبل الجانب القـــوي وذلـــك بإحدى وسيلتين أو بهما معا:

الأولى: وسيلة اقتصادية وتتمثل في اجتماع المستهلكين والتعاون على مقاومة التعسف الصادر من المحتكر.

الثانية: وسيلة تشريعية وتتمثل بتدخل المشرع (وليس القاضي) لينضم عقود الإذعان(٢) وقد اخذ القانون المدني العراقي والأردني والمصري واللبناني بهذا الرأي(٣).

الفرع الرابع: تمييز عقد الإذعان عن بعض العقود التي تشتبه به

يبدو للوهلة الأولى أن عقود الإذعان تتشابه مع غيرها من العقود أو الحالات القانونية الأخرى، وحتى تتضح الصورة بشكل دقيق ولإضفاء المزيد من الإيضاح على هذه الطائفة من العقود سنتناول التمييز بين عقد الإذعان من جهة وبين عقد المساومة والعقد الجماعي والعقـــد النموذجي من جهة أخرى وذلك وفق الخطة التالية:

الفقرة الأولى: تمييز عقد الإذعان عن العقد النموذجي
الفقرة الثانية: تمييز عقد الإذعان عن العقد الجماعي
الفقرة الثالثة: تمييز عقد الإذعان عن عقد المساومة

---

(١) ديريه، **الطبيعة القانونية لعقود الإذعان**، ص٢٠١، نقلاً عن فوده (١٩٨٥)، مرجع سابق، ص٣٢٧.

(٢) السنهوري، **الموجز في النظرية العامة للالتزامات**، مرجع سابق، ص٦٩.

(٣) انظر المادة/ ١٠٤ مدني أردني والمادة/ ١٦٧ مدني عراقي والمادة/ ١٠٠ مدني مصري والمادة/ ١٠١ مدني سوري والمادة/ ١٠٠ مدني ليبي والمادة/ ٧٠ مدني جزائري والمادة/ ٧٢ من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

الفقرة الأولى: تمييز عقد الإذعان عن العقد النموذجي

إن العقد النموذجي هو: الذي تضعه سلطه عامة أو أي هيئه نظاميه أخرى، كعقود الإيجار النموذجية التي تضعها وزاره الأوقاف أو المجالس البلدية أو النقابات[١] وإن الإيجاب في عقود الإذعان يتميز بأنه إيجاب بات يصدر عن الطرف المتفوق اقتصاديا في العقد وأنه في الغالب مطبوع بشكل مسبق ويكون منضما من قبل سلطه عامة إزاء هيئه خاصة ذات خبره تستهدف تعزيز التعامل وجعله مستقرا على أحسن القواعد ووفقا لأعدل القواعد المعروفة والمتفق عليه في مجال معين[٢].

ويستهدف العقد النموذجي إلى اختصار الوقت والاقتصاد في تكاليف التعاقد بحيث تعود منافع هذا التوفير على المتعاقدين ولذلك يجنبهما مخاطر عدم الاستقرار في المعاملات المتماثلة[٣].

ومن أبرز الأمثلة على العقود النموذجية وثيقة التأمين الصادرة بموجب قانون التأمين الإلزامي (العراقي) من المسؤولية الناشئة عن حوادث السيارات رقم (٢٠٥) لسنة ١٩٦٤ المعدل[٤] وعقد الإيجار (العراقي) المنظم بموجب قانون تنظيم إيجار العقار رقم (٦٧) لسنه ١٩٧٣ المعدل[٥]، وبالرغم من المزايا العديدة للعقود النموذجية فإنها لم تسلم من النقد لأسباب عديدة منها الجمود في الصياغة وقصور تلك العقود عن معالجه العديد من المشاكل مما دفع القضاء الإنكليزي إلى انتقاد نماذج عقود المقاولات الهندسية المدنية مثلاً[٦].

ويلاحظ إن عقد الإذعان والعقد النموذجي مشتركان في مظهر واحد هو أسلوب تنظيمهما بشكل مطبوع وجاهز وإن هذا قد يبعث على التصور بأنهما متشابهان من حيث الطبيعة والاستعمال إلا إن في الحقيقة لكل منهما طبيعة خاصة مختلفة عن طبيعة الآخر فالعقد النموذجي لم تنظمه جهة محتكره لسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات ومتفوقة اقتصاديا

---

(١) السنهوري (١٩٥٢)، **الوسيط في شرح القانون المدني**، مرجع سابق، ص٢٣٦.

(٢) عبد المجيد، عصمت (١٩٧٨)، **اختلال التوازن الاقتصادي للعقد و دور القاضي في معالجته**، أطروحة دكتوراه غير منشورة، كليه القانون والسياسة، جامعه بغداد العراق، ص١٠٠.

(٣) عبد المجيد (١٩٧٨)، **اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته**، مرجع سابق، ص١٠٠.

(٤) مجله الوقائع العراقية العدد (١٠٥٥) في ١٩٦٤/١٢/٢٨ أشار إليه عبد المجيد، المرجع ذاته، ص١٠١.

(٥) مجله الوقائع العراقية العدد (٢٢٥٩) في ١/٧/ ١٩٧٣ أشار إليه عبد المجيد، المرجع ذاته، ص١٠١.

(٦) الشيخلي، **عقد الإذعان**، مرجع سابق، ص٣٤.

على المتعاقد الآخر وذلك بخلاف عقد الإذعان[١] الذي تبرز فيه خاصية الاحتكـار والتفـوق الاقتصادي للطرف الموجب للعقد.

الفقرة الثانية: تمييز عقد الإذعان عن العقد الجماعي

إن العقد الجماعي هو العقد الذي تفرضه الأغلبية على الأقلية بحيث تنصرف آثاره إلى أشخاص لم يظهروا إرادتهم بقبوله وينشأ حقوقا ويرتب التزامات لم تكن هذه طرفا فيه[٢].

وتختلف العقود الجماعية عن عقود الإذعان بأن القبول فيها يكـون برضـاء الأقليـة ويرتبط التزام الأقلية بهذا القبول دون حاجه إلى رضاء المجموع ومثال ذلـك عقـد العمـل الجماعي الذي يقع بين فريق أصحاب الأعمال وفريق ممثلي العمال ومتى تم العقد نفذ في حق العمال جميعا وفي حق أرباب العمل جميعاً ولو كان من أي الفريقين لم يقبل التعاقد، ومثـال ذلك أيضا نظام الصلح في الإفلاس حيث يتم الصلح متى قبله أغلبية الدائنين إذا كانـت هـذه الأغلبية تمتلك ثلاثة أرباع الديون وفي هذه الحالة يسري العقد على الأقلية ولـو كانـت قـد عارضت فيه[٣].

ويتضح من ما تقدم إن سلطان الإرادة في العقود الجماعية لم يتقلص فحسب كمـا هـو الحال في عقود الإذعان بل أنه ضعف وكاد إن يتلاشى لأن المتعاقد يلتزم بعقد لم يصدر منه تعبيرا للالتزام به أصلاً[٤].

ويلاحظ إن عقود الإذعان قد انتقصت من سلطان الإرادة بشكل واضـح حيـث يجـد المتعاقد نفسه أمام عقد محدد الشروط وقد لا تقع هذه الشروط من نفسه موقع القبـول ولكنـه لايملك مناقشتها أو تعديلها فيضطر أن يذعن لها لأن رفض التعاقد وإن كان جائزاً بالنسبة له من الناحية النظرية إلا أنه من الناحية العملية يعتبر هذا الرفض أمر غير ميسور أحيانا لتعلق العقد بإشباع حاجات ضرورية لاغنى عنها.

---

(١) عبد المجيد (١٩٧٨)، **اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته**، مرجع سابق، ص١٠٢.
(٢) المادة (١٦٦) من القانون المدني العراقي.
(٣) السنهوري (١٩٥٢)، **الوسيط في القانون المدني**، مرجع سابق، ص ٢٣٥-٢٣٦.
(٤) الشيخلي، **عقد الإذعان**، مرجع سابق، ص٣٢.

الفقرة الثالثة: تمييز عقد الإذعان عن عقد المساومة

يعتبر عقد المساومة النموذج التقليدي للعقد، وهو العقد الذي يكون توافق الإرادتين نتيجة مساومه بين طرفين متساويين يقف كل منهما من الآخر على قدم المساواة حيث يتاح لكل منهما مناقشه شروط العقد ومساومه الطرف الآخر حتى يصلا إلى اتفاق تام على جميع شروط العقد، ومثاله عقود البيع والإيجار والمقايضة والقرض والشركة والوديعة والوكالة[١].

أما في عقد الإذعان فهي كما أسلفنا عقود تكون من عمل طرف واحد يعرض على الجمهور نموذج عقد يطلب فيه من انفرد بوضع شروطه قبولا غير مشروط بحيث يكون الطرف الآخر إن يقبل هذه الشروط جميعها أو يرفضها كليا وليس له أن يناقش أو يضيف إليها شيء ويتحقق هذا حين يكون الطرفان في مركز غير متساو بحيث يكون احدهما في مركز أعلى اقتصاديا لأنه هو الذي يضع قانون العقد بينما يكون الآخر في المركز الأدنى الذي لا يكون له إلا أن يقبل أو يدع، ومن الأمثلة التقليدية لعقود الإذعان هي عقد العمل وعقد النقل عقد التأمين، ولكن هذه ليست كل عقود الإذعان بل إن هناك الكثير من العقود التي ظهرت في الوقت الحاضر تتمثل في حاله ما إذا أرسل شخص خطابا في البريد أو استعمل التلفون أو تعامل مع شركه تستغل مرفقا عاما لتوريد المياه والكهرباء والغاز...الخ[٢].

وللتمييز بين عقد المساومة وعقد الإذعان يلاحظ بان عقود الإذعان غالبا ما تتضمن شروط كثيرة يقبلها الطرف المذعن قبولا أعمى لأنه غالبا ما يجهل هذه الشروط لذلك فإن القضاء يتدخل في استبعاد مثل هذه الشروط خاصة عندما تكون مثل هذه الشروط شروطا ثانوية لا تناسب مع شروط العقد الجوهرية ومن هذا يتبين إن بعض قواعد التفسير التي تنطبق على العقود عامة لا يمكن تطبيقها على عقود الإذعان[٣].

---

(١) مرقص (١٩٧٨)، **الوافي في شرح القانون المدني**، مرجع سابق، ص١١٧.

(٢) الصده (١٩٤٦)، **عقود الإذعان في القانون المصري**، مرجع سابق، ص٢٧.

(٣) الناهي، صلاح الدين(١٩٨٤)، الوجيز الوافي في القوانين المرعية في الجمهورية العراقية والمملكة **الأردنية الهاشمية والكويت**، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، عمان: مطبعة البيت العربي، ص٣٩-٤٠، أشار إليه الشيخلي، **عقد الإذعان**، مرجع سابق، ص٣١.

فالقاعدة التي تقضي بتفسير الغموض لمصلحه المدين ضد الدائن[١] لا تنطبق على عقود الإذعان[٢].

وفي عقود الإذعان يجوز للقاضي إذا وجد في العقد شروط تعسفية أن يعدل هذه الشروط أو يعفي منها أما في عقود المساومة فلا يجوز للقاضي ذلك[٣].

وهنا بعد التمييز مابين عقد الإذعان والعقود التي تشابهه آنفا، قد يتبادر إلى الذهن سؤال عن مدى اقتراب عقد الإذعان من (الاستغلال) كعيب من عيوب الإرادة؟؟

وقبل الإجابة على هذا السؤال، فإذا ما حاولنا استجلاء أوجه الشبه بين عقد الإذعان والاستغلال لوجدنا إن هناك تشابه واضح من حيث مراكز الأفراد[٤] حيث نجد في الاستغلال انتهاز المتعاقد الغابن لظروف المتعاقد المغبون الشخصية لإبرام عقد بغبن فاحش، وكذلك الحال في عقود الإذعان إذ يستغل الطرف القوي ظروف اقتصاديه عامة مما لا يكون مجال للطرف المذعن سوى القبول بالعقد ولذلك يقال إن المتعاقد المغبون مذعن في كلتا الحالتين، وكذلك إن عقود الإذعان ما هي إلا امتداد لفكره الاستغلال لاختلال التعادل بين مراكز طرفي العقد من حيث القوه الاقتصادية من ما يولد غبن يلحق بالطرف الضعيف جراء استغلاله من الطرف الآخر[٥] وإن أراده الطرف المذعن سواء كان في الاستغلال أو في الإذعان لم تصدر عن اختيار كاف وإن العقد في كلتا الصورتين لم يبرم عن رضا تام[٦] ولكن على الرغم من التشابه بين عقد الإذعان وعيب الاستغلال هناك أوجه اختلاف بينهما نستطيع إيجازها بما يلي[٧]:

---

(١) المادة(١٦٦) من القانون المدني العراقي.

(٢) المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي.

(٣) مرقص (١٩٧٨)، **الوافي في شرح القانون المدني**، مرجع سابق، ص١١٨.

(٤) الخشروم، عبد الله حسين (١٩٩٣)، **عيب الاستغلال في القانون المدني الأردني وفق الشريعة الإسلامية**، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، كليه الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، ص١٣-١٤.

(٥) السنهوري، **الموجز النظرية العامة للالتزامات**، مرجع سابق، ص٧٨.

(٦) الزبيدي، محسن عبد المنعم هادي (٢٠٠٧)، **ضمانات توازن العقد القانونية**، دراسة قانونيه مقارنه، رسالة ماجستير غير منشورة، كليه الحقوق، جامعه النهرين، بغداد، العراق، ص١٣.

(٧) الزبيدي، زهير (١٩٧٣)، **الغبن و الاستغلال بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية**، دراسة مقارنه، رسالة ماجستير غير منشورة، مطبعه دار السلام، جامعه بغداد، بغداد، العراق ص٢٤-٢٦.

١. إن عيب الاستغلال يتناول جميع العقود دون التمييز بين عقد وآخر، في حين تقتصر عقود الإذعان على تلك العقود التي يصدر فيها الإيجاب جهة اقتصاديه تتمتع باحتكار قانوني أو فعلي للسلع أو المرافق الضرورية للمستهلكين أو المنتفعين أو على الأقل سيطرتها عليها سيطرة تحد من نطاق المنافسة.

٢. تختلف عقود الإذعان عن الاستغلال من حيث الإيجاب إذ يكون الإيجاب في عقود الإذعان مصاغ في قالب نموذجي مطبوع وموجه للناس عامة دون تحديد شخص معين ويحتوي على شروط معقده يصعب فهمها في معظم الأحوال من أواسط الناس[١] ويتم عرض هذا الإيجاب بشكل بات ونهائي لايقبل مناقشه ويكون الإيجاب لمده طويلة ويتم نشره لاطلاع الجمهور عليه، في حين لا نجد مكان لمثل هذه الشروط في عيب الاستغلال إذ يكفي إن ينتهز احد المتعاقدين ضعف معين في أراده المتعاقد الآخر ليبرم معه عقد بغبن فاحش ما كان ليقدم على هذا التصرف لولا هذا الضعف الذي يعاني منه[٢].

٣. إن الإيجاب في عقود الإذعان يصدر دائما من الطرف القوي اقتصاديا أما في الاستغلال فإنه يصدر من الطرف القوي أو الطرف الضعيف (المغبون) على حد سواء، كأن يقدم شاب طائش على شخص معين ويبدي رغبته في شراء سيارة معينة ويستغل الأخير طيشه حتى يبيعه السيارة بغبن فاحش[٣].

٤. إن حرية الإرادة وإمكانية الاختيار ليست متساوية بين عقود الإذعان والاستغلال فالمتعاقد المغبون في حاله الاستغلال كان بإمكانه مناقشه شروط العقد وبنوده من حيث قبوله ورفضه بحريه كاملة على أنه لم يفعل ذلك بسبب حاله الضعف لديه التي دفعت به إلى التعاقد، إما في عقود الإذعان فإن الطرف المذعن تكون حرية الإرادة لديه معدومة فأما أن يقبل بشروط العقد كما هي أو يرفضها وليس له الحق في مناقشتها[٤].

---

(١) الخشروم، **عيب الاستغلال في القانون المدني الأردني وفق الشريعة الإسلامية**، مرجع سابق، ص١٦.

(٢) الزبيدي، زهير (١٩٧٣)، **الغبن والاستغلال بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية**، مرجع سابق، ص٢٦.

(٣) الزبيدي (٢٠٠٧)، **ضمانات توازن العقد القانونية**، مرجع سابق، ص١٢.

(٤) المرجع ذاته، ص١٠.

وعلى ذلك نرى مدى اختلاف عيب الاستغلال عن عقود الإذعان رغم كـون الأخيـرة امتداد للاستغلال، وفي ضوء ما تقدم نخلص بنتيجة هي إن عقود الإذعان تتمتع بخـصائص أهمها الحماية التشريعية للطرف المذعن بالوسائل التي حددها القانون إضافة إلى الدور الـذي تلعبه العوامل الاقتصادية في تحديد الأسعار وبالتالي يكون من اللازم استبعاد هذه العقود مـن نظريه الغبن وعد تطبيق الأحكام التي أوردها القانون بخصوصها وبالمقابل فإن انعدام وسائل الحماية يعني ضرورة تطبيق نظريه الاستغلال إذا ما تحققت الشروط اللازمة لها.

المبحث الثاني: ماهية الشروط التعسفية في عقود الإذعان

على الرغم من شيوع استخدام مصطلح الشروط التعسفية على أنه لا يزال يثير غموض في مفهومه، وفي طرق معالجته، حتى إننا لا نجد تعريف مجمع عليه ولا معيار متفـق عليـه لتحديد هذا الشرط التعسفي فضلا عن ذلك فإنما يعد شروطا تعسفية هي شروط صحيحة في إطار النظام العقدي العام فهي ليست مخالفه لا للنظام العام ولا للآداب وهي شروط تعاقديـه فكيـف يستطيع المشرع أو القاضي أن يتجاهل شرطا صحيحا متفق عليه بين الطرفين، ومن هنا بدأت فكرة الشروط التعسفية تخاصم النظام القانوني بأكمله على نحو يوحي بإعادة صـياغة نظريـة العقد.

لذلك سنتعرض على تعريف الشروط التعسفية وبيان أنواعها ومعيارها وسنتناول الشروط التعسفية التي ترد في بعض العقود على سبيل المثال لا الحصر وسوف يكـون تقـسيم هـذا المبحث وفق المطلبين التاليين:

المطلب الأول: تعريف الشرط التعسفي وبيان معاييره وأنواعه.

المطلب الثاني: أمثلة على الشروط التعسفية في بعض العقود.

المطلب الأول: تعريف الشرط التعسفي وبيان معاييره وأنواعه

بالنظر لما تنطوي عليه فكرة الشروط التعسفية من غموض فإن تعريف الشرط التعسفي يمثل أهمية بارزة سيما أن هذه الفكرة تعد من الأفكار الحديثة التي لازالت تثير مسائل هامة على صعيد تحديدها وبيان المعيار لها ومن ثم تميزها عن الشروط الباطلة، وعليه فإننـا سـنتناول تعريف الشرط التعسفي في الفرع الأول من هذا المطلب ومن ثم نتناول معايير هذه الشروط في الفرع الثاني وأنواعها في الفرع الثالث.

الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي

الفقرة الأولى: تعريف الشرط التعسفي لغة واصطلاحاً

تعني كلمه الشرط لغة: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه[١]، أما التعسف في اللغة: تعسف تعسفاً، عسفه عن الطريق أي مال عنه، وعدل وتعسف الأمر ركبه بلا رويه، وتعسف فلان ظلمه، استخدمه وتعسف في القول اخذ على غير هداية حمله على معنى لا تكون دلالته عليه ظاهره[٢].

أما الشرط التعسفي في الاصطلاح: فهو الشرط الذي يرفع موجب العقد والشرط الذي يؤدي إلى جهالة في المعقود عليه واشتراط أمر غير مشروع[٣].

الفقرة الثانية: التعريف التشريعي للشرط التعسفي

عرف المشرع الفرنسي الشروط التعسفية، حيث ورد هذا التعريف في قانون حماية المستهلك[٤] حيث عرفت (المادة ٣٥) من قانون حماية المستهلك الفرنسي الصادر في (يناير ١٩٧٨) الشروط التعسفية بأنها (تلك الشروط التي تفرض على المستهلك أو غير المهني من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال الأخير بسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزه مجحفة)، ونصت الفقرة الثانية من المادة المذكورة على جزاء الشروط التعسفية بأن جعلتها (كأن لم تكن)[٥].

ويلاحظ أن ما أورده المشرع الفرنسي من تعريف بالشروط التعسفية ينطوي على عدم الوضوح وعلى عدم التحديد لذا فإنه (المشرع الفرنسي) استحدث في القانون نفسه لجنه سماها

---

(١) ابن منظور، **لسان العرب**، ج٧، مرجع سابق، ص٣٢٩.

(٢) قاموس المنجد الأبجدي، (١٩٦٨)، ط ٥، بيروت: مطبعة دار الشرق، ص٢٦٣.

(٣) موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي، ج١١، يصدرها المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، مصر: مطابع الأهرام التجارية، ص٢٥١.

(٤) الجميلي، سليمان براك دايح (٢٠٠٢)، **الشروط التعسفية في العقود**، أطروحة دكتوراه غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة صدام، بغداد، العراق، ص٧.

(٥) انظر نص المادة/ (٣٥) من تشريع ١٩٧٨ -٢٣٣ الصادر في ١٠ يناير ١٩٧٨ الخاص بحماية وإعلام المستهلكين أشار إليه عمران، السيد محمد السيد (٢٠٠٣)، **حماية المستهلك أثناء تكوين العقد**، الإسكندرية: الدار الجامعية للنشر، ص٥٣.

(لجنه الشروط التعسفية) وخولها اصدرا توصيات بما يعد شروطا تعسفية من خلال مراقبتها لنماذج العقود المبرمة بين المستهلكين والمحترفين كما أورد بعض من هذه الشروط وعدها شروط تعسفية، ولو كان ما أورده من تعريف محددا بشكل كافي لما كان بحاجه إلى ذلك[١] لأن القضاء سيبحث عندها في انطباق أو عدم انطباق التعريف على الشروط محل النزاع.

ويلاحظ ان معظم التشريعات العربية باستثناء المشرع الجزائري[٢] والمشرع المغربي[٣] جاءت خاليه من أي تعريف لمفهوم الشروط التعسفية، تاركة ذلك لقاضي الموضوع الذي يتمتع بسلطة تقديريه لتحديد وبيان مدى التعسف لطرفي العقد، وربما يكون الدافع من إلى ذلك هو حداثة الفكرة من جانب وتجنبها الخوض في التعاريف لأن ذلك يعد من عمل الفقه لا عمل التشريع.

الفقرة الثالثة: التعريف الفقهي للشرط التعسفي

يعرف الفقه الشرط التعسفي بأنه (الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف الأكثر قوة ويمنح لهذا الأخير ميزه فاحشه عن الطرف الآخر[٤]، ويعرف أيضاً بأنه (الشرط الذي بمقتضاه يفرض على المستهلك التزامات صارمة في حين الطرف الآخر الذي يورد له الخدمة يخضع لشروط يتوقف تحقيقها على إرادته وحده وهو ما يسمى بالشرط الإرادي المحض)[٥] ولقد حاولت محكمه النقض المصرية في أحد أحكامها وضع تعريف للشرط التعسفي فقررت

---

(١) الجميلي، **الشروط التعسفية في العقود**، مرجع سابق، ص٩.

(٢) قام المشرع الجزائري بموجب القانون رقم (٠٤-٠٢) في ٢٣ حزيران ٢٠٠٤ الخاص بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بتعريف الشرط التعسفي (هو كل بند أو شرط بمفرده أو مشترك مع بد واحد أو عده بنود أو شروط أخرى من شأنه إخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد).

(٣) قام المشرع المغربي بموجب القانون رقم (٠٨-٣١) في ٧ أبريل ٢٠١١ لحماية المستهلك بتعريف الشرط التعسفي (يعتبر شرطا تعسفيا في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك كل شرط يكون الغرض منه او يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك).

(٤) الرفاعي، أحمد محمد (١٩٩٤)، **الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي**، القاهرة: دار النهضة العربية، ص٢١٢.

(٥) عدوي، مصطفى (٢٠٠٠)، أحكام الالتزام، ص ٢٦٦، أشار إليه إبراهيم، محمد محي الدين (٢٠٠٧)، **التسلط الاقتصادي وأثره على التوازن العقدي**، الإسكندرية: دارا المطبوعات الجامعية، ص١٩.

أنه (الشرط الذي يأتي متناقضا مع جوهر العقد باعتباره مخالفا للنظام العام) [1]، وفي تعريف آخر للشرط التعسفي (هو كل شرط تعاقدي يحقق منفعة أو ميزه لمصلحه المشترط على حساب المتعاقد الضعيف)[2]، ونرى أن هذا التعريف ينطبق على جميع العقود التي تتفاوت فيها قدرة طرفيها سواء في النواحي الاقتصادية أو الفنية.

الفرع الثاني: معايير الشرط التعسفي

يتبين من نص المادة (٣٥) من قانون حماية المستهلك الفرنسي أن هناك معيارين لاعتبار الشرط تعسفيا احدهما اقتصادي وهو تعسف النفوذ الاقتصادي والثاني معيار قانوني وهو الميزة الفاحشة التي يحصل عليها المهني، إلا أن هذين المعياريين متلازمان ومترابطان ببعضهما البعض ارتباط السبب بالنتيجة أي أن احدهما يعتبر نتيجة للآخر[3]، وعلى هذا سنتعرض للمعياريين بترتيبهما الوارد بالنص.

المعيار الأول: تعسف النفوذ الاقتصادي

إن الاختلال بين الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد لا تكفي للقول بوجود الشرط التعسفي، وإنما يجب أن يقترن هذا الاختلال بتفاوت بالقدرة الاقتصادية لطرفي العقد وأن يسيء المحترف استعمال مركزه الاقتصادي المتفوق ليفرض على غير المحترف شروطاً تخل بالتوازن العقدي فخضوع غير المختلف لضغوط عملية هو الذي يجعله يقبل بشروط تذهب بمصالحه[4]، وهذا الشرط مرتبط برابطة السببية مع معيار الميزة المفرطة التي يحصل عليها المهني وهي نتاج للميزة الاقتصادية التي يتمتع بها هذا المهني وتؤدي إلى خلل عقدي واضح يتمثل في حرمان الطرف الآخر أحد حقوقه كلياً أو جزئياً[5]. أن القوة التي يستطيع بموجبها المحترف فرض شروطه على الطرف الآخر ليست القدرة الاقتصادية فحسب وإنما الكفاءة

---

(١) مجموعه أحكام النقض، نقض مدني مصري، ٢١ ابريل ١٩٦٠، السنة الحادية عشر ورقم ٥٠، ص٢٣٠ أشار إليه سليم، الهيثم ابن عمر(٢٠١٢)، **حماية المستهلك من الممارسات الاحتكارية المؤدية للاذعان**، دراسة مقارنة منشورة، مجلة الحقوق،١٠ (٢)، البحرين: كلية الحقوق، جامعة البحرين، ص١٩٢.

(٢) الجميلي، **الشروط التعسفية في العقود**، مرجع سابق، ص١١.

(٣) الرفاعي، **الحماية المدنية للمستهلك**، مرجع سابق، ص٢١٦.

(٤) الجميلي، **الشروط التعسفية في العقود**، مرجع سابق، ص٣٠.

(٥) سليم، **حماية المستهلك من الممارسات الاحتكارية المؤدية إلى الإذعان**، مرجع سابق، ص١٩٣.

الفنية فالمحترف وقد اعتاد إبرام العقود في مجال حرفيته يعرف ابتداء ما يترتب علـــى هــذه العقود من آثار وهو يعرف أيضاً ما يجري عليه العمل في حرفته وهو يمتلك من الوسائل ما تمكنه من تحديد التزاماته التي يستطيع تنفيذها فضلا عن الشروط التي يستطيع نشرها مع من يتعاقدون معه، وما الإشارة إلى القدرة الاقتصادية فقط فيما أورده المشرع الفرنسي من تعريف للشرط التعسفي إلا لأن من يكون متفوق اقتصاديا ومحترفا لنشاط معين يكون كفوأ فنيا أيضاً أي أنه جعل من التفوق الاقتصادي دليلا على الكفاءة الفنية(١).

يستشف مما سبق أن مفهوم تعسف النفوذ الاقتصادي في وضع المهني الاقتصادي فـــي السوق وحالة ضعف الطرف الآخر أمامه يجعله يفرض عليه شروطه بما يملكه مـــن نفـــوذ وتفوق في التقنية وباستغلال حاجة المستهلك للسلعة أو الخدمة، إزاء كل هذا لا يكـــون أمـــام المستهلك إلا القبول أو الرفض للتعاقد دون إمكانية حقيقية للمناقشة.

إلا أن التقلبات الاقتصادية قد تجعل الطرف الضعيف هو الذي يفرض شروط العقد على الطرف القوي (البائع) في بعض العقود، ويلاحظ ذلك جليا عند ضعف القدرة الشرائية مع قوة العرض أو مع شدة المنافسة، حيث نرى الطرف الضعيف يستأسد على الطرف القوي فيقـــوم بعرض سعر معين عليه أو يقوم بالشراء بثمن مؤجل أو بالتقسيط، مما يضطر البائع إلى قبول السعر المعروض عليه ويخضع لإرادة المشتري، لذلك فإن العوامل الاقتـــصادية تلعـــب دورا هاما في تقييد تعسف النفوذ الاقتصادي.

المعيار الثاني: الميزة الفاحشة

حتى يمكن اعتبار الشرط تعسفيا فإنه لا يكفي أن يكون الشرط واردا في عقد مبرم بين المهني وغير المهني وإنما يجب أن يكون الشرط قد فرض من جانب الطرف الأول باستخدام تعسف النفوذ الاقتصادي ويعطي هذا الشرط ميزة فاحشة للمهني، ويعتبر هذا المعيار نتيجـــة لمعيار الأول أي أن الميزة الفاحشة هي النتيجة أو المحصلة لاســـتخدام النفـــوذ الاقتـــصادي بطريقة تعسفية ومرتبطاً معه بعلاقة سببية(٢)، أن الميزة الفاحشة هي بالحقيقة مزايا مبالغ فـــي قيمتها يحصل عليها الطرف القوي في العقد ولا تكون هذه المزايا نقدية فقط لأن لفظ المزايـــا هو لفظ عام يشمل النقدية وغيرها ويتضح ذلك من الشروط التي عددها المشرع الفرنسي في

(١) الجميلي، **الشروط التعسفية في العقود**، مرجع سابق، ص ٣١.

(٢) الرفاعي، **الحماية المدنية للمستهلك**، مرجع سابق، ص ٢٢٠.

الفقرة الثانية من المادة ٣٥ فإلى جانب الشروط المتعلقة بالثمن فإن الشرط التعسفي يمكن أن يرد بشان تسليم الشيء محل العقد[١] ومن اجل تقدير التعسف فإن البعض يسلم بأنه يجب النظر في تقدير عدم توازن إلى مجموع الشروط العقدية ذلك لأن شرط ما يمكن أن ينظر إليه في حد ذاته أن يكون مقيدا لأحد الأطراف وفي نفس العقد ثم شرط آخر في صالح الطرف الآخر فيما يتعلق بنقطه أخرى، فالالتزامات التي يتحملها طرف تعتبر متوازنة على الجانب الآخر والاتفاق يكون متوازن فالميزة الفاحشة أو عدم التوازن يجب أن يقدر بالنظر إلى مجموع العقد[٢].

يتضح مما سبق أن المعيارين اللذين وضعهما المشرع الفرنسي في يناير ١٩٧٨ لتحديد ما إذا كان الشرط تعسفيا أم لا، هما معياران مرتبطان ببعضهما البعض ارتباط السبب بالنتيجة فالتفوق الاقتصادي سببا لفرض ميزة فاحشة، وأن هذه الميزة لا يشترط أن تكون ذات طابع مالي فقد تتعلق بجوهر الشيء أو يرد بشأن تسليم الشيء محل العقد أو شروط التنفيذ ومن اجل تقدير الميزة الفاحشة لا ينظر إلى الشرط منعزلا عن غيره من الشروط بل يجب النظر في مجموع الشروط العقدية لتقدير التعسف وبالتالي تقدير عدم التوازن في العقد.

الفرع الثالث: أنواع الشروط التعسفية

تتعدد الشروط التعسفية بحسب ما إذا كانت متعلقة بمرحلة إبرام العقد أو بمرحلة تنفيذه وهناك نوعان من الشروط التعسفية[٣] أما النوع الأول فهي شروط تعسفية بذاتها وأما الثاني فهي شروط تعسفية بحكم استعمالها وسنتناول هذين النوعين بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفقرة الأولى: الشروط التعسفية بذاتها

ويظهر التعسف فيها منذ إدراج تلك الشروط فيها وتكشف عنه ألفاظه، فتاتي متناقضة مع جوهره بمعنى عند إبرام العقد يتبين فيها إذا كانت بنوده متناقضة وبيان وجود التعسف من عدمه، أي أنها تظهر في مرحلة تكوين العقد والتعرف على ذلك يكون من الوهلة الأولى عند إدخالها في العقد، ومثال ذلك: الشرط الذي يدرجه رب العمل في النظام الداخلي للمؤسسة

---

(١) الجميلي، **الشروط التعسفية في العقود**، مرجع سابق، ص٢٩.

(٢) الرفاعي، **الحماية المدنية للمستهلك**، مرجع سابق، ص ٢٢٢.

(٣) فوده (١٩٨٥)، **تفسير العقد في القانون المدني المصري**، مرجع سابق، ص ٢٣٨-٢٣٩.

ويفرض بمقتضاه غرامات ماليه باهظة على العامل الذي يرتكب خطأ أثناء تأديته للعمل أو بمناسبة العمل وحتى لو كان الخطأ المرتكب بسيطاً فيعد مثل هذا الشرط تعسفياً لأن هذه الغرامات لا تتناسب مع الخطأ الذي ارتكبه العامل[1] ومبرراً لتدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي لعقد العمل متسلحا بمبدأ حسن النية وعدم جواز التعسف في استعمال الحق وقواعد العرف والعدالة والإنصاف ويمكن إجمال الشروط التي ترد في مرحلة تكوين العقد بالنقاط التالية:

١- الشروط المتعلقة بتحديد التزامات الموجب كشرط الإعفاء من الضمانات وشرط فسخ العقد بإرادته المنفردة.

٢- الشرط الذي يرد في العقود المصرفية والذي يتضمن عدم مسؤولية المصرف في حال عدم إعلام العميل في أي تغيير في محل إقامته بكتاب خطي موقع عند عدم وصول المراسلات على آخر عنوان لديه.

٣- الشرط الذي يلزم المشتركين أيضاً في الخدمات العامة بدفع رسوم الاشتراك الشهرية سواء استعملت الخدمة أم لم تستعمل.

٤- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المضمون بسبب مخالفته القوانين واللوائح وغيرها[2].

الفقرة الثانية: الشروط التعسفية بحكم استعمالها

وهي شروط عادية لا تظهر فيها صفة التعسف عند إدراجها في العقد ولكن تظهر عند التطبيق أي في مرحلة تنفيذ العقد، عند التمسك بحرفيته وإهمال روح النص، ومثالها الشرط الذي يدرجه الضامن في عقد التأمين والذي يلزم المؤمن له بإعلام المؤمن بكل طارئ يؤدي إلى إلقاء التبعية عليه في ظروف ثلاثة أيام من تاريخ علمه به، ومثل هذا الشرط لا يتصف بالتعسف إلا إذا يتبين أن تمسك الضامن بحرفيته بهدف التنصل من موجباته العقدية وإسقاط حق المضمون بالضمان، لذلك تعتبر المحاكم أن حق المضمون لا يسقط بسبب التأخير في

---

(١) عبد السلام، سعيد (١٩٩٢)، **سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان**، القاهرة: الولاء للطباعة والتوزيع، ص١١.

(٢) فقيه، هانية محمد علي (٢٠١٤)، **الرقابة القضائية على عقود الإذعان**، ط١، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ص ١٨٨-١٨٩.

الإبلاغ عن الحادث إلا إذا نجم عن هذا التأخير ضرر فعلي بالضامن بأن افقده الضمانات التي من شأنه تأمين حقوقه أو فرصة الرجوع على المسئول عن الحادث[١] ويمكن إجمال الشروط التي ترد في مرحلة تنفيذ العقد بالنقاط التالية:

١- الشرط الذي يرد في عقد البيع ويعفي البائع من الالتزام بضمان العيوب الخفية أو الشرط الذي يحدد وقتا قصيرا لفحص السلعة.

٢- الشرط الذي يعطي المصرف الحق في الحسم التلقائي لأي مبلغ أضيف على الحساب كمصاريف البريد أو أي مصاريف تتعلق بإمساك الحساب دون الرجوع للطرف الآخر أو الشرط الذي يسمح للطرف القوي بتعديل بنود العقد متى يشاء دون إشعار المتعاقد بذلك[٢]. وقد يرد الشرط التعسفي عند عدم تنفيذ الموجبات العقدية ومن أمثلة هذه الشروط هي:

١- اشتراط سقوط الحق في الضمان عند تأخر المضمون في الإبلاغ عن الحادث أو عند التأخر في تقديم المستندات التي تبين أن التأخير كان لعذر ما.

٢- الشرط الذي بمقتضاه يحق لشركة الكهرباء أن تقطع التيار الكهربائي عن المستهلك في حال عدم دفع الفاتورة في اليوم التالي من تاريخ استحقاقها[٣] وقد يرد الشرط التعسفي في مرحلة فسخ العقد، ومثال ذلك الشرط الذي يعطي الحق للطرف الأقوى بفسخ العقد أو حتى الشرط الذي بمقتضاه يمكن فسخ العقد من جانب واحد دون إبداء الأسباب[٤] ويرى جانب من الفقه أن الرأي الراجح هو أن المادة (١٤٩) مدني مصري تقابلها المادة (٢٠٤) مدني أردني[٥] يقتصر تطبيقها على النوع الأول من الشروط فقط وهي (الشروط التعسفية بذاتها) لأن النص يتحدث عن عقد إذعان تم

---

(١) استئناف بيروت بتاريخ ١٩٦٦/١/٢٠، نشرة قضائية، ص٦٤٤ نقلاً عن فقيه، **الرقابة القضائية على عقود الإذعان**، مرجع سابق، ص١٨٨.

(٢) الجميلي، **الشروط التعسفية في العقود**، مرجع سابق، ص ٩٦.

(٣) فقيه، **الرقابة القضائية على عقود الإذعان**، مرجع سابق، ص١٩٠.

(٤) المرجع ذاته، ص ١٩١.

(٥) تقابلها المادة (١٦٧) الفقرة الثانية مدني عراقي، والمادة (١١٠) مدني جزائري والتي تنص على (إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعفي الطرف المذعن فيها وذلك وفقا لما تقتضيه العدالة).

وكان متضمنا شروطا تعسفية، أي أن التعسف كان عند إبرام العقد وليس عند تنفيذه وأن المشرع كان صائبا في هذه الصياغة[١] إذ سبق لهذا النص المادة (١٤٨) مدني مصري والتي تنص على (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع موجبات حسن النية) ومن ثم فإنه بموجب التحليل القانوني للنص يكون في سلطة قاضي الموضوع أن يرد الموجب إلى صوابه في عقد الإذعان وذلك مراعاة لحسن النية في تنفيذ العقد وعدم التمسك بحرفيته على نحو يتعارض مع روحه[٢].

ونرى أن هذا الاتجاه الذي ذهب إليه جانب من الفقه باعتبار الشروط التعسفية في ذاتها هي شروطا تعسفية، حيث تظهر هذه الشروط عند إبرام العقد وليس بعد إبرامه كما هو واضح في نص المادة (٢٠٤) مدني أردني والمادة (١٦٧) فقره ٢-٣ مدني عراقي اللذان تشيران إلى تمام العقد، فالشرط التعسفي بالذات هو الشرط الجائر لأنه يتضمن أحكاماً تتنافى مع العدالة وحسن النية ولذلك جعل تقديرها متروك لقاضي الموضوع.

الفرع الرابع: الشروط التعسفية الواردة في التشريع الفرنسي

تبين من المادة (٣٥) من قانون (١٠ يناير ١٩٧٨) الخاص بحماية المستهلكين من الشروط التعسفية فإن المشرع اقتصر على وضع مبدأ التحريم لهذه الشروط وتحديد النطاق الذي يمكن أن توجد فيه وقد أوردت المادة عدة شروط نصت عليها صراحة وهي الشروط المتعلقة بما يلي[٣]:

١- خاصية التحديد أو قابلية التحديد للثمن،

٢- الدفع للثمن،

٣- جوهر الشيء،

٤- التسليم للشيء،

٥- نطاق المسؤوليات والضمانات،

---

(١) سعيد، **سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان**، مرجع سابق، ص ١٢٠.

(٢) المرجع ذاته، ص ١٢٠.

(٣) الرفاعي، **الحماية المدنية للمستهلك**، مرجع سابق، ص ٢٢٤.

٦- شروط التنفيذ للعقد،

٧- شروط الفسخ أو الإبطال أو التجديد للعقد.

وأن مما يتبادر إلى الذهن هو التساؤل حول ما إذا كان هذا التعداد الوارد في المادة (٣٥) قد ورد على سبيل المثال أو الحصر؟

فإذا كانت الشروط واردة على سبيل المثال فإن ذلك يعني أن نطاق حماية المستهلك هو نطاق واسع ويمكن أن يشمل البطلان للشرط التعسفي أي شرط آخر غير وارد في النص، وعلى العكس من ذلك إذا كانت الشروط واردة على سبيل الحصر فإن ذلك يعني تضييق نطاق الحماية للمستهلكين إذ يكون البطلان للشرط التعسفي قاصرا على الشروط المحددة بالنص.

ويرى البعض أن الشروط آنفاً طويلة بما فيه الكفاية ولكنها واردة على سبيل الحصر[١]، ويتفق البعض الآخر على أن القانون لا يستهدف كل الشروط المدرجة في العقد المبرم بين المهنيين والمستهلكين إنما يقتصر حماية على الشروط المعينة التي يعددها هو، أما من ناحية مدى كفاية هذه الشروط المحددة السابقة لتغطية كافة مجالات التعسف فقد رأى البعض أن القائمة رغم طولها وتحديدها إلا أنها غير كافية مع ذلك لتغطية كافة الشروط التي يمكن أن تعتبر شروطا تعسفية[٢].

ويرى الباحث أن التدقيق وإمعان النظر في الشروط والصيغة التي صيغت بها خاصة، صيغة الجمع فيما يتعلق بالمسؤوليات والضمانات يتبين أنها تغطي شروطاً كثيرة، ومع ذلك فقد كان من المستحسن أن لا ترد هذه الشروط على سبيل الحصر حتى تكون هناك فرصة أوسع للطرف الضعيف ضد تعسف الطرف القوي في العقد.

المطلب الثاني: أمثلة على الشروط التعسفية في بعض العقود

أن الشروط التعسفية قد ترد في عقود الإذعان وقد ترد في غيرها من العقود لأن تطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية للناس دفع بالشركات والمصالح الحكومية إلى أن تأخذ على عاتقها سواء بصوره مباشره أو عن طريق الامتياز أو الاحتكار مد الأكثرية الساحقة من

---

(١) الرفاعي، **الحماية المدنية للمستهلك**، مرجع سابق، ص ٢٢٥.

(٢) المرجع ذاته، ص٢٢٥.

الناس بأعمال وخدمات هي في الواقع من ضروريات الحياة في العصر الحديث، لهذا السبب تعددت وتنوعت العقود؛ وأصبح الفرد ملزما على التعاقد لغرض إشباع حاجات وضرورات لا غنى عنها بالنسبة لمعيشته أو لأعماله أو تنقلاته، وأصبح الفرد مرغما على التعاقد مع شركات الاحتكار على الرغم من الشروط التعسفية التي تفرضها هذه الشركات وهذه الشروط عاده تكون غير قابله للمناقشة، لذلك سنتناول في هذا المطلب الشروط التعسفية في بعض العقود مثل عقد التأمين الذي يعتبره الفقهاء من عقود الإذعان وعقد السلم وعقد بيع السفيه وذي الغفلة اللذان لا يعتبران من عقود الإذعان، وان الحكمة من تناول هذين العقدين هو وجود القاسم المشترك بينها وبين عقود الإذعان وهذا القاسم هو الشروط التعسفية التي ترد في هذه العقود.

الفرع الأول: عقد التأمين

يعد عقد التأمين من العقود المسماة، فلقد نظمه كل من المشرع العراقي والأردني والمصري في القانون المدني في المكان المخصص للعقود المسماة[١] حيث يعد التأمين الوسيلة المثلى لتعويض الشخص عن ما يصيبه من ضرر، وقبل بيان الشروط التعسفية التي ترد في عقد التأمين سنتناول بداية التعريف بهذا العقد فقها وقانونا.

الفقرة الأولى: التعريف الفقهي لعقد التأمين

اختلف الفقهاء في تعريف عقد التأمين فقد عرف اتجاه بأنه (عقد يتولى المؤمن فيه تأمين المؤمن له من الأضرار الناشئة عن رجوع الغير عليه بالمسؤولية سواء كان الغير محق في دعواه أو غير محق) [٢] وعرفه جانب آخر في الفقه المصري[٣] (بأنه عقد يهدف إلى ضمان المؤمن له ضد الرجوع الذي قد يتعرض له من جانب الغير بسبب ما أصابه من ضرر يسال عنه فهو يستهدف تأمين المؤمن له ضد الديون التي قد تشغل ذمته بسبب تحقق مسؤوليته).

---

(١) شرف الدين، أحمد (١٩٨٣)، **أحكام التأمين في القانون و القضاء**، دراسة مقارنه، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعه الكويت، الكويت، ص١٠٤.

(٢) سليم، عصام أنور، **عقد التأمين في القانون المصري واللبناني**، ج١، ط١، (بدون سنة ومكان نشر)، مكتبه الدار الجامعية، ص٧٨.

(٣) البدراوي، عبد المنعم (١٩٩٧)، **التأمين، فن التأمين، عقد التأمين، تامين الأشخاص**، القاهرة:(بدون دار نشر)، ص٤٧.

وعرفه اتجاه بأنه (نظام لتجنب الخسائر الناجمة عن الحوادث بمقتضاه يقبل طـرف يـسمى المؤمن أن تنتقل إليه تبعت الخسائر المترتبة في ذمه شخص آخر يسمى المؤمن له) [(١)].

الفقرة الثانية: التعريف التشريعي لعقد التأمين

عرف المشرع الأردني في المادة (٩٢٠) من القانون المدني الأردني بأنه (عقد يلتزم به المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المـال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حاله وقوع حادث للمؤمن ضده أو تحقق الخطـر المبين في العقد وذلك مقابل مبلغ محدد أو أقساط دورية يؤديها المؤمن له للمـؤمن)[(٢)] وقـد جاءت القوانين المدنية العربية بنفس التعريف سيما منها القانون المدني المـصري والعراقـي باستثناء قانون الموجبات والعقود اللبناني حيث أطلق عليه تسميه (الضمان)[(٣)] حيـث عرفـه القانون المذكور بأنه (عقد بمقتضاه يلتزم شخص يقال له الضامن ببعض الموجبات عند نزول بعض الطوارئ بالشخص المضمون له أو بأمواله مقابل دفع بدل يسمى القسط أو الفريـضة)، ومن خلال التعريفات السابقة يتبين أن عقد التأمين هو (عقد بـين شـخص يـسمى المـؤمن وشخص آخر يسمى المؤمن له الذي يتحمل العبء المالي المترتـب علـى الخطـر الـضار المترتب بالعقد بسبب رجوع الغير إلى المؤمن له بالمسؤولية مقابل ما يدفعه هذا الأخير مـن أقساط دورية[(٤)].

الفقرة الثالثة: الشروط التعسفية في عقد التأمين

استقر الفقه على إن عقد التأمين من عقود الإذعان على الرغم من عدم اعتبـاره مـن المتطلبات الضرورية ألا أن إلزامية التأمين جعلته يكون من الـضرورات، **و**حيـث يقتـصر القبول فيه على مجرد التسليم بشروط يضعها الموجب ولا يقبل مناقشه فيها[(٥)] وإذا عرفنـا أن

---

(١) النعيمات، موسى (٢٠٠٦)، **النظرية العامة للتامين من المسؤولية المدنية**، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه منشورة، عمان: دار الثقافة، ص٥١.

(٢) انظر المادة/ ٩٨٣ من القانون المدني العراقي، والمادة/ ٧٤٧ من القانون المدني المصري، والمادة/ ٧١٣ مدني سوري، والمادة/ ٦١٩ مدني جزائري.

(٣) انظر المادة/ ٩٥٠ من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(٤) النعيمات، **النظرية العامة للتأمين من المسؤولية المدنية**، مرجع سابق، ص ٥٣ -٥٤.

(٥) المادة/ ١٠٤ أردني، والمادة/ ١٦٧ مدني عراقي، والمادة/ ١٠٠ مدني مصري، والمادة/ ٨٠ مدني كويتي.

رضاء المؤمن له في عقد التأمين يقتصر على قبول الشروط التي تضعها شركات التأمين في وثائق مطبوعة ولا تقبل المساومة فيها أمكن أن نستنتج أن عقد التأمين من عقود الإذعان ويكون المؤمن هو الطرف القوي في العقد في حين يحتل المؤمن له مركز الطرف المذعن الذي لا يملك إلا أن يوافق على الشروط التي يعرضها المؤمن أو يرفضها، فحرية المؤمن له تقتصر على مجرد اختيار المؤمن وهذا المركز القوي الذي يحتله المؤمن يجعله يفرض شروطا تعسفية أضراراً بالمؤمن له[1]. حيث تنفرد شركات التأمين بصياغة العقود وطباعتها بينما يقتصر دور المؤمن له على قبول التعاقد والتوقيع على نماذج العقود التي يقدمها المؤمن[2] وأن هذه الصياغة لوثيقة التأمين قد تتضمن شروطا تؤدي إلى الأضرار بمصلحة المؤمن له دون أن يكون هذا الأخير على بينه منها ومعرفه لأبعادها، لذا فإن المشرع سواء في العراق أو في مصر أو في الأردن أو في فرنسا استشعر الحاجة إلى التدخل لتنبيه المؤمن له إلى بعض شروط وثيقة التأمين حتى يتعاقد وهو على بينه من أمره[3]. أن من الشروط التي تدرج في وثيقة التأمين من قبل المؤمن والتي استقر الفقه على توصيفها بالشروط التعسفية[4] إذ تنص المادة (٩٨٥) من القانون المدني العراقي والتي تقابلها نص المادة (٩٢٤) من القانون المدني الأردني والمادة (٧٥٠) من القانون المدني المصري[5] على أنه (يقع باطلا كل ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية):

١- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين والأنظمة إلا إذا انطوت هذه المخالفة عن جناية أو جنحه عمديه.

٢- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخر في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو في تقديم المستندات إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول.

---

(١) شرف الدين، **أحكام التأمين في القانون والقضاء**، مرجع سابق، ص١٠٦-١٠٧.

(٢) الجميلي، **الشروط التعسفية في العقود**، مرجع سابق، ص٢٠٦.

(٣) المرجع ذاته، ص٢٠٦.

(٤) عبد الله، باسم محمد صالح، **التأمين أحكامه وأسسه**، (بدون سنة نشر)، مصر: دار الكتب القانونية ودار أشتات للنشر والبرمجيات، ص١٩٧.

(٥) انظر المادة (٧٨٣ و ٧٨٤) من القانون المدني الكويتي والمادة (٢٤) من قانون التأمين الفرنسي لسنة ١٩٣٠ أشار إليها عبد الله، **التأمين أحكامه وأسسه**، مرجع سابق، ص١٩٧.

٣- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط.

٤- شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة.

٥- كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته اثر في وقوع الحادث المؤمن منه وعلى هذا فإن كل شرط يقضي بسقوط حق المؤمن له يعد في حالات محددة باطلا حتى لو حصل رضي المؤمن له عليه، ويعود باطلا كذلك كل شرط تعسفي آخر لم تكن لمخالفته اثر في وقوع الحادث المؤمن منه.

أما بالنسبة لـ(شرط التحكيم) فقد أولى المشرع هذا الشرط أهمية خاصة لما يترتب عليه من إخراج الاختصاص بالفصل بالمنازعات المتعلقة بالعقد من سلطة القضاء ومن ثم اعتبره شرطا مهددا للتوازن العقدي في ظل خضوع المؤمن له لمثل هذا الشرط الذي يفرضه المؤمن[١] لذا فقد نص على بطلان شرط التحكيم أن ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة بمعنى أن المشرع استلزم شكلاً خاصاً في كتابة شروط التحكيم ولم يسمح للمؤمن باختيار الوسيلة المناسبة لإظهار هذا الشرط عكس ما ذهب إليه المشرع الفرنسي الذي اشترط أن يكتب الشرط بمداد مختلف اللون أو أن يوضع تحته خط أو أن يوقع عليه المؤمن بصفة خاصة[٢]. ويلاحظ أن المشرع الفرنسي في ضوء عدم وجود تنظيم قانوني متكامل لعقد التأمين عمل على لفت المؤمن له إلى ما يراه من الأمور الجوهرية التي يلزم اطلاعه عليها وذلك من خلال وسائل عديدة ومختلفة ومن هذه الوسائل[٣]:

١- اشتراط كتابة البيانات بخط واضح: بالنظر لكون وثيقة التأمين هيه وسيلة إثبات شروط التعاقد بين طرفي العقد، وتوضح مدى التزام كل من الطرفين فقد اشترط المشرع

---

(١) السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني، ج٧، ط ١٩٦٤، ص ١١٩٦ أشار إليه الجميلي، **الشروط التعسفية في العقود**، مرجع سابق، ص٢٠٧.

(٢) المادة/ الثالثة من قانون التأمين الفرنسي أشار إليها الجميلي، المرجع ذاته، ص٢٠٧.

(٣) المادة (١١٢) من تشريع ١٣ يوليو لسنة/ ١٩٣٠ أشار إليها الجميلي، **الشروط التعسفية في العقود**، مرجع سابق، ص٢٠٦.

الفرنسي أن يتم تحديد كافة بود هذه الوثيقة كتابتا وأن يكون ذلك بخط واضح وكل ذلك لتسهيل اطلاع المؤمن له عليها.

٢- أوجب بيانات معينة في الوثيقة: حيث اوجب على إلزام المؤمن بتضمين وثيقة التأمين البيانات الآتية: اسم وموطن الأطراف المتعاقدة، الشيء أو الشخص محل التأمين، طبيعة الأخطار المؤمن منها، التاريخ الذي يبدأ منه سريان الضمان والمدة التي يستمر ذلك الضمان من خلالها، مبلغ الضمان، قيمة قسط التأمين، وأراد المشرع من إدراج هذه البيانات أن تتضمن وثيقة التأمين البيانات التي يؤدي غيابها إلى تمكين المؤمن من إهدار حقوق المؤمن له والتنصل من التزاماته في مواجهته[١].

٣- اشتراط تحرير الوثيقة باللغة الفرنسية وبخط واضح مقروء وأن تكتب بعض الشروط بمداد من لون مختلف وخاصة الشروط المتعلقة بالبطلان والسقوط أو الشروط المتعلقة بمدة سريان الوثيقة[٢] من اجل لفت نظر المؤمن له إلى أهم الشروط التي تحقق حقوقه والتزاماته.

أما القانون المدني العراقي فلم يشر إلى اللغة التي يجب أن تكتب بها وثيقة التأمين كما أنه لم يتضمن تنظيما لمدة التأمين رغم الأهمية الكبيرة لمدة العقد وكان الأحرى بالمشرع العراقي أن يحذوا حذو المشرع الفرنسي وأن يذكر مدة التأمين وذلك لتلافي ما تسعى إليه شركات التأمين من التزام المؤمن لهم بعقود طويلة الأجل قد لا يرغبون فيها منذ البداية.

وفي قرار لمحكمة التمييز الأردنية:

جرى الاجتهاد القضائي في محكمة التمييز على أن الشروط والاستثناءات الواردة في عقد التأمين الشامل التي تستثني نقصان القيمة وفوات المنفعة والمتمثلة ببدل عطل سيارة المؤمن له عن مدة التصليح باطلة بمقتضى نص المادة (٩٢٤) من القانون المدني الأردني لأنها تهدف إلى إسقاط حق المؤمن له أو الانتقاص منه وتتعارض الغاية التي من اجلها شرع عقد التأمين وهي شروط تعسفية غير واجبة الأعمال وحيث أن محكمة الاستئناف لم تأخذ بقرارها المطعون فيه بهذه الشروط التعسفية الواردة في وثيقة التأمين وقضت للمدعي ضده

---

(١) الجميلي، **الشروط التعسفية في العقود، مرجع سابق**، ص ٢٠٨.

(٢) المادة (٥) من قانون التأمين الفرنسي أشار إليها الجميلي، المرجع ذاته، ص ٢٠٨.

ببدل التعويض عن نقصان قيمة مركبته المؤمنة لدى الطاعنة تأميناً شاملاً وببدل تعويض عن فوات المنفعة وتكون قد طبقت صحيح القانون وما استقر عليه الاجتهاد القضائي لمحكمة التمييز [١].

الفرع الثاني: بيع السلم

ذكرنا في مقدمة هذا المطلب بأن الشروط التعسفية كما ترد في عقود الإذعان فأنها ترد في عقود أخرى، ومن الأمثلة على هذه العقود (عقد بيع السلم)، حيث لا يعد هذا العقد من عقود الإذعان، والحكمة من تناوله لوجود قاسم مشترك بينه وبين عقود الإذعان ويتمثل هذا القاسم بالشروط التعسفية التي ترد فيه، لكن الحلول التشريعية في هذا العقد تختلف عما هي في عقود الإذعان، لذلك سنتناول بداية التعريف بهذا العقد ومن ثم الشروط التعسفية التي قد ترد فيه.

الفقرة الأولى: تعريف عقد بيع السلم

هو بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل[٢]، وعرفه قانون الموجبات والعقود اللبناني أنه عقد بمقتضاه يسلف أحد الفريقين الآخر مبلغا معينا من النقود فيلتزم هذا الفريق مقابل ذلك أن يسلم إليه كميه معينة من المواد الغذائية وغيرها من الأشياء المنقولة في موعد يتفق عليه الفريقان ولا يثبت العقد إلا بالكتابة[٣]، ومن الأمثلة عليه كما لو قام احد المزارعين ببيع الحنطة المزروعة في أرضه على أن تسلم عند الحصاد، أو قيام صاحب المصنع ببيع منتجاته قبل اكتمال عمليه الإنتاج على أن يتم التسليم بعد الانتهاء من عمليه الصنع[٤]. ومن الواضح إن المحل يكون معدوما وقت التعاقد و قد أجاز القانون المدني الأردني والعراقي وأغلب القوانين الأخرى بمحل معدوم وقت التعاقد إذا كان ممكن الوجود في المستقبل[٥].

---

(١) تمييز حقوق رقم (٢٠١٠/٨٣٧)، **منشورات مركز عدالة**، ٢٠١٠، هيئة خماسية بتأريخ ٢٠١٠/١٢/٢٠، عمان: الأردن.

(٢) المادة (٥٣٢) من القانون المدني الأردني.

(٣) المادة (٤٨٧) من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(٤) العبيدي، علي هادي (٢٠٠٦)، **العقود المسماة، البيع والإيجار**، عمان: دار الثقافة للطباعة والنشر، ص١٧٣.

(٥) المادة ١/١٦٠ من القانون المدني الأردني والمادة ١/١٢٩ من القانون المدني العراقي.

ويشترط لهذا العقد شروطاً لصحته، حيث نصت المادة (٥٣٣) من القانون المدني الأردني على أنه يشترط لصحة بيع السلم ما يلي:

١. أن يكون المبيع من الأموال التي يمكن تعيينها بالوصف و المقدار و يتوافر وجودها وقت التسليم.

٢. أن يتضمن العقد بيان جنس المبيع ونوعه وصنفه ومقدار وزمان إيفائه.

٣. إذا لم يعين في العقد مكان التسليم لزم البائع تسليم المبيع في مكان العقد.

كما نصت المادة (٥٣٤) من نفس القانون على أنه يشترط في رأس مال السلم (أي ثمنه) أن يكون معلوما قدر ونوع وأن يكون غير مؤجل بالشرط مده لا تزيد عن بضعة أيام.

ويملك المشتري في بيع السلم خيار الفسخ في حالتين هما:

الحالة الأولى: إذا تعذر تسليم المبيع عند حلول الأجل[١] وأن تكون هذه الاستحالة بسبب انقطاع وجوده و أن تكون أيضا بسبب عارض طارئ لا يد للبائع فيه.

الحالة الثانية: موت البائع قبل حلول أجل المبيع وفي هذه الحالة يكون المشتري بين خيارين أما أن يطلب فسخ العقد أو يطلب حلول الأجل فيقوم بحجز التركة بما يفي قيمه المبيع ما لم يقدم الورثة كفيلا مليئا يضمن تسليم المبيع عند حلول الأجل[٢].

الفقرة الثانية: الشروط التعسفية في بيع السلم

قد يقع المزارع في ضائقة ماديه كأن يكون بحاجه إلى شراء البذار أو السماد أو أي حاجه ماديه أخرى، فيستغل المشتري هذه الحاجة فيشتري المحصولات الزراعية بثمن معجل مقابل تسليم مؤجل و يستغل حاجه المزارع فيفرض عليه شروط تعسفية يقبلها المزارع تحت وطأة الحاجة الملحة. إن الشروط التعسفية المقصودة هنا هي الشروط القاسية التي تصيب

---

[١] المادة (٥٣٦) من القانون المدني الأردني.

[٢] العبيدي، **العقود المسماة**، مرجع سابق، ص ١٧٨، أبو دلو، محمد قالط بديوي (٢٠٠٦)، **الغبن والاستغلال في نطاق عيوب الإرادة**، دراسة مقارنه، رسالة ماجستير غير منشورة، كليه الدراسات الفقهية والقانونية، جامعه آل البيت، المفرق، الأردن، ص١٠٤.

المزارع عند تطبيقها بخسارة كبيره ما كان المزارع أن يرتضيها في الحالات العادية لـذلك وصفها المشرع الشروط المجحفة إجحافا بيناً[1] و يعد من الشروط المجحفة حصول المشتري على المحصول بسعر متدن[2] أو أي شروط أخرى تصيب البائع بإرهاق أو خسارة ماديه.

ونرى إن المزارع ما أرتضى بهذه الشروط التي فرضها المشتري إلا ليدرأ عن نفسه خسارة أكبر بكثير من الخسارة الناشئة عن قبوله الشروط المجحفة وبذلك يكون قد اختار أهون الخسارتين أو أقل الضررين. وقد أحاط المشرع، المزارع بحماية حتى لا يقع في فخ استغلال المشتري فأجاز له الالتجاء إلى القضاء لرفع الظلم والحيف عنه كما سنبين تالياً.

الفقرة الثالثة: حماية المزارع من الشروط التعسفية في بيع السلم

عندما يستغل شخص حاجه مزارع إلى المال فيشتري محصوله المستقبلي بشروط مجحفة ففي هذه الحالة عند تطبيق القواعد العامة للقانون المدني الأردني التي تخص عيوب الإرادة نجد إن هذه القواعد لا تسعفنا في حماية المزارع المغبون لأنه لم يقع في غلط أو إكراه أو تغرير كل ما هنالك إن المشتري استغل حاجته فأبرم معه عقد حمله على قبول ثمن متدن أو شروط مجحفة إجحافاً بيننا[3] وقد كرسها المشرع الأردني في حاله خاصة وردت في المادة (٥٣٨) في بيع عقد السلم إذ نص على: (أنه إذا استغل المشتري في السلم حاجه المزارع فاشترى منه محصولا مستقبلا بسعر أو بشروط مجحفة إجحافا بيننا كان للبائع حينما يحين الوفاء أن يطلب إلى المحكمة تعديل السعر أو الشروط بصوره يزول معها الإجحاف و تأخذ المحكمة في ذلك بعين الاعتبار ظروف الزمان والمكان ومستوى الأسعار العامة وفروقها بين تأريخ العقد والتسليم طبقا لما جرى عليه العرف، وعلى هذا يكون المشرع الأردني قد أعتد بعيب الاستغلال في بيع السلم حماية لإرادة المزارع المعيبة وقت إبرام العقد في الوقت الذي لم يأخذ بالاستغلال كعيب من عيوب الإرادة وهذا خلافاً لبعض القوانين العربية كالقانون

---

[1] حمزة، محمود جلال (٢٠٠٥)، **التبسيط في شرح القانون المدني الأردني**، العقود المسماة عقد البيع، الإيجار، ج٤، عمان: جمعيه عمال، المطابع التعاونية، ص٢٢٠.

[2] المرجع ذاته، ص٢٢١.

[3] أبو الراغب، عمر (١٩٧٩)، حماية المزارع في السلم في القانون المدني الأردني، **مجله نقابه المحامين**، الأبحاث، الملحق ٤، عمان: نقابة المحامين الأردنيين، ١٩٧٩، ص٩٦.

العراقي والقانون المصري[1] وعلى هذا الأساس فإن الشروط التي يجب توافرها لاعتبار المشتري مستغلا حاجه المزارع في بيع السلم هي:

١. أن يكون البيع سلما.

٢. أن يكون البائع مزارعا.

٣. أن يستغل المشتري حاجه المزارع فيفرض عليه شروط مجحفة إجحافا بيننا.

وقد أعطى المشرع الأردني المزارع حق اللجوء إلى القضاء وأن يطلب إلى المحكمة تعديل السعر أو الشروط بشكل يعود الحق إلى نصابه وقد حصر المشرع هذا الحق بالمزارع، لذلك وجب على البائع إن يثبت استغلال المشتري لحاجته وشرائه لمحصوله بسعر متدن أو شروط مجحفة إجحافا بيننا وعلى المحكمة أن تستجيب لطلبه فترفع الحيف عنه آخذة بنظر الاعتبار ظروف الزمان والمكان وفرق السعر بين تاريخ العقد و تاريخ التسليم طبقا لما جرى عليه العرف، وإن هذا لا يعني بشكل من الأشكال أن ترفع المحكمة عنه كل الخسارة بل يقتصر عملها على تقليل الخسارة بحيث لا يكون الإجحاف كبيرا يؤدي إلى خسارة كبيرة للمزارع[2].

ونرى أن المشرع الأردني قد أناط تقدير حاجه المزارع التي يستغلها المشتري إلى تقدير قاضي الموضوع فإذا وجد أن حاجه المزارع كانت ملحه فعلا الأمر الذي أدى إلى فرض الشروط المجحفة عليه قام بتطبيق نظريه الاستغلال وألا فإنه يستبعد أحكام الاستغلال و فرض الشروط التعسفية.

وللمشتري الحق في عدم قبول التعديل الذي تراه المحكمة و استرداد الثمن الحقيقي الذي سلمه فعلا للبائع وحين إذن يحق للبائع أن يبيع محصوله لمن يشاء[3]، وهكذا يحق للمشتري أن يرفض التعديل الذي ارتأته المحكمة و لا يستطيع البائع أن يجبر المشتري على قبول العقد بعد تعديل شروطه لأن المشرع قد أعطاه حق الفسخ أن لم يوافق التعديل مصلحته.

---

(١) نصت المادة (١٢٥) من القانون المدني العراقي (إذا كان احد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه فلحقه من تعاقده غبن فاحش جاز له خلال سنه من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول).

(٢) حمزة، **التبسيط في شرح القانون المدني الأردني**، مرجع سابق، ص٢٢١.

(٣) المادة (٥٣٨/ ٢) من القانون المدني الأردني.

ويتضح من ما تقدم أن المشرع لم يحمي المزارع الحماية الكاملة بل على العكس ترك للمشتري الحق في قبول التعديل الذي تراه المحكمة أو رفضه فإذا قبل التعديل عاد الحق إلــى نصابه أما إذا رفض التعديل فيفسخ العقد وللمشتري أن يسترد الثمن الحقيقي، وجاء في الفقرة الثالثة من المادة/ ٥٣٨ من القانون المدني الأردني (يقع باطلا كل اتفاق أو شرط يقــصد بــه إسقاط هذا الحق سواء كان ذلك شرطا في عقد السلم نفسه أو كان في عقد سلم منفصل أيا كان نوعه، فلو أشترى شخص من مزارع محصول بستانه من الزيتون في الموسم القادم مــستغل حاجته للمال و اشترط عليه بيع محصوله بمبلغ متدن وان لا يلجأ إلى القضاء لطلــب تعــديل المبلغ فوافق البائع على ذلك فإن ذلك الاتفاق يكون باطلا حتى لو تم برضا البــائع و يجــوز للبائع أن يتحلل منه باللجوء إلى القضاء لتعديل الثمن و رفع الإجحاف[1].

الفرع الثالث: بيع السفيه وذي الغفلة

لا يعتبر هذا العقد من عقود الإذعان، ألا أنه قد يتضمن شروطا تعسفية تجعل له قاســم مشترك مابينه وبين عقود الإذعان وان اختلفت المعالجة التشريعية لكل منهما، لذلك ســنتناول بداية التعريف بالسفيه وذي الغفلة قبل تسليط الضوء على الشروط التعسفية في هذا العقد.

الفقرة الأولى: تعريف السفيه وذي الغفلة

يعرف السفه بأنه خفه تعتري الإنسان فتدفعه إلى التصرف بخــلاف مقتــضى العقــل والشرع مع قيام العقل على حقيقته[2]، وقد عرفت مجله الأحكام العدلية السفه عنــدما عرفــت السفيه بأنه (الذي يصرف ماله في غير موضعه ويبذر في مصروفاته ويضيع أمواله ويتلفهــا بالإسراف)[3]، وتعرف الغفلة بأنها عدم الخبرة بالمعاملات ومعرفة نافعهــا مــن ضــارها وصاحبها يخدع بسهوله فيلحقه الغبن في معاملاته[4]، فالسفيه كامل الإرادة بقدر ما ينجم عن تصرفه بإضاعة أمواله ومع ذلك يقدم على التصرف غير مهتم بنتيجته بسبب ســيطرة حــب

---

(١) حمزة، **التبسيط في شرح القانون المدني الأردني**، مرجع سابق، ص٢٢٤.

(٢) وهبه الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، (بدون سنة نشر)، ج١، ط١، دمشق: دار الفكر، ص١٨١-١٨٢، أشار إليه أبو دلو، **الغبن و الاستغلال في نطاق عيوب الإرادة وفق القانون الأردني**، مرجع سابق، ص٩٤.

(٣) المادة (٩٤٦) من مجله الأحكام العدلية.

(٤) محمد شلبي، **المدخل في تعريف الفقه الإسلامي**، ص٥٠٧ أشار إليه أبو دلو، مرجع سابق، ص٩٤.

الإتلاف على إرادته، بينما ذو الغفلة ضعيف الإدراك لا يقدر على التمييز الكافي بين النافع والضار فيغبن في معاملاته، فالسفه ضعف في الإرادة بينما الغفلة ضعف بالإدراك[1]. وعلى هذا يعتبر كل من السفه والغفلة على درجه كبيره من الخطورة حيث يؤديان إلى ضياع المال وهلاكه.

الفقرة الثانية: حكم تصرفات السفيه وذي الغفلة

إن تصرفات السفيه أو ذي الغفلة الصادرة قبل صدور قرار الحجر عليه تكون صحيحة ونافذة وترتب آثارها، فقد نصت المادة (١٢٧ / ٣) من القانون المدني الأردني على (يبلغ قرار الحجر للمحجور ويعلن للناس سببه و تكون تصرفاته قبل ذلك نافذة)، ونصت المادة (١٢٩) من القانون المدني على (١. يسري على تصرفات المحجور للغفلة أو السفه ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام، لكن ولي السفيه المحكمة أو من تعينه للوصاية عليه وليس لأبيه أو جده أو وصيهما حق الولاية عليه، ٢. أما تصرفات السفيه وذي الغفلة قبل الحجر فمعتبره إلا إذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ).

يتضح من النصوص أعلاه إن المحجور عليه لسفه أو غفلة تكون أهليته بعد صدور قرار الحجر ناقصة كأهلية الصبي المميز فتثبت له أهلية الاغتناء وتتقيد أهلية الإدارة وأهلية التصرف بالقيود التي تتعلق بالصبي المميز وتنعدم عنده أهلية التبرع[2] وعليه تطبق الأحكام الواردة في المادة (١١٨) من القانون المدني الأردني على المحجور عليه لسفه أو غلفه من حيث التصرفات التي يجريها وكما يلي:

١. تصرفات الصغير المميز صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا و باطله متى كانت ضاره ضرراً محضاً.

٢. أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتعقد موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها له التصرف ابتداء أو إجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد.

وعليه تعتبر تصرفات السفيه أو ذي الغفلة بعد الحجر صحيحة إذا كانت نافعة نفعاً محضا وباطله إذا كانت ضاره ضررا محضا وموقوفة على الإجازة إذا كانت دائرة بين النفع

---

[1] جميعي (١٩٩١)، **الوسيط في شرح القانون المدني الأردني**، مرجع سابق، ص٢٨٨.

[2] المرجع ذاته، ص٢٨٣.

والضرر ونظراً لأن السفه يعتبر عيب في الإرادة، والغفلة ضعف في الإدراك، فقد كان لابد من توفير الحماية القانونية للسفيه و ذي الغفلة من التصرفات القانونية التي تلحق بهما غبنا فاحشا، وهذا ما سنبينه تالياً.

الفقرة الثالثة: استغلال السفيه وذي الغفلة

السفه والغفلة ليست أمراض عقليه وإن كانت تجعل من صاحبها في حاله من الضعف النفسي المؤثر في تصرفاته القانونية(١)، لذلك نصت المادة (٢/١٢٩) من القانون المدني الأردني على (أما تصرفاته قبل الحجر فمعتبره إلا إذا كانت نتيجة استغلال...)، وعليه فقد اعتد المشرع الأردني بالاستغلال في تصرفات السفيه وذي الغفلة قبل صدور قرار الحجر عليهما والهدف من ذلك هو حماية السفيه وذي الغفلة من الغش(٢)، ولا يعتد بالاستغلال في هذا الموضع إلا إذا ترتب عليه إبرام العقد بغبن فاحش يلحق السفيه أو ذي الغفلة وهذا هو العنصر المادي لعيب الاستغلال، وكثيراً ما أكدت عليه محكمه النقض المصرية على ضرورة توافر العنصر المادي وهو عدم تعادل الالتزامات العقدية لقيام عيب في تصرفات السفيه أو ذي الغفلة، فقد ذهبت في احد أحكامها على أنه (يجب أن يستصدر الغير من السفيه أو ذي الغفلة تصرفات يستغله بها ويثري من أمواله، وأنه يجب لتحقيق الاستغلال أن يحصل الغير من وراء العقد على فوائد أو مميزات تجاوز الحد المعقول حتى يتحقق الاستغلال بالمعنى الذي يتطلبه القانون)(٣). ومما تقدم آنفا يمكننا استخلاص شروط تحقق استغلال السفيه وذي الغفلة كالتالي:

١. علم المتعاقد الآخر بحاله السفه أو الغفلة للمتعاقد واتجاه النية لديه لإبرام العقد معه.
٢. تحقق اثر الاستغلال وذلك باختلال التوازن بين الكثير الذي يؤدي السفيه أو ذي الغفلة والقليل الذي يتلقاه من المتعاقد الآخر بحيث يكون الغبن فاحشاً.
٣. أن يكون العقد الذي أبرم مع السفيه أو ذي الغفلة في غير حاله الحجر عليهما.

---

(١) مساعده، نائل (٢٠١٣)، **حكم الاستغلال في عقود المعلوماتية**، بحث منشور في المجلة الأردنية للدراسات الإسلامية، المجلد (٩)، العدد (١)، جامعه آل البيت، المفرق، الأردن، ص١٢٤.

(٢) الجبوري، ياسين (٢٠١١)، **المبسوط في شرح القانون المدني**، ص٣٨١، أشار إليه أبو دلو، الغبن والاستغلال في نطاق عيوب الإرادة وفق القانون الأردني، مرجع سابق،ص ٩٩.

(٣) الطعن (٢٠٠ /٢٩) قضائية، جلسة ١١/ ٥/ ١٩٦٤، **الموسوعة الجامعة في التعليق على القانون المدني المصري**، ٢٠٠٣، ج٢، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ص ٩٣٣-٩٣٤.

٤. وجود حاله الضعف لدى السفيه و ذي الغفلة ليست ناجمة عن ظرف خارجي محيط بأي منهما وإنما هي كامنة في نفس كل منهما.

ويتضح من النقاط آنفا إن عنصر الاستغلال يتحقق في تصرفات السفيه أو ذي الغفلة عندما يتعاقد مع الطرف الآخر الذي يروم من تعاقده مع السفيه أو ذي الغفلة بالحصول على ميزات فاحشه أو فرض شروط مجحفة مما يؤدي على عدم التعادل بين الالتزامات مع ما يحصل عليه من فائدة، ولذلك تكون نتيجة هذه التصرفات هي الإبطال كونها تصرفات ضارة ضرراً محضاً وكما جاء في نص المادة (١١٨) آنفة الذكر، لأن الاستغلال ينطوي على إرادة غير مشروعه من جانب الطرف المستغل كما ينطوي عل إرادة معيبة لدى الطرف المغبون[١].

الفرع الرابع: معالجة الشروط التعسفية في قانون حماية المستهلك

زاد الاهتمام بموضوع حماية المستهلك, بحيث بدأت الدولة تهتم بشكل كبير بالمصلحة العامة وما يتناسب مع مواطنيها لذلك قامت بتنظيم هذه الحماية عن طريق تشريع قوانين تعني بحماية المستهلك سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة، لذلك سنتناول بعض هذه القوانين باعتبارها مكملة لما جاء في القواعد العامة للقانون المدني لحماية الطرف الضعيف في العقد.

الفقرة الأولى: حماية المستهلك في القانون الفرنسي

أولى المشرع الفرنسي لحماية المستهلك اهتماما كبيرا من خلال إصدار العديد من القوانين التي عنت بحماية المستهلك و منها مدونة الاستهلاك لعام /١٩٩٣[٢] التي احتوت على العديد من القواعد القانونية لحماية المستهلك وجاءت شاملة في اهتمامها بالمستهلك ومن هذه القواعد ما ورد في المادة (رقم ٨/١٢١) والمواد التي تلتها، والتي تناولت الحماية القانونية للمستهلك من الإعلام الكاذب و مدى مسؤولية المعلن عن الضرر الذي يلحق بالمسؤول عن ذلك[٣]، وفي المادة (١/١٣٢) من المدونة وردت ثلاث محاور لحماية المستهلك هي:

---

(١) الصده، عبد المنعم فرج (١٩٧٤)، **الاستغلال كسبب لإبطال العقد**، بيروت: دار الأحد للطباعة (البحيري أخوان)، ص٢٨.

(٢) مدونة الاستهلاك، القانون الفرنسي رقم ٩٣ / ٩٤٩ في ٢٦ تموز عام ١٩٩٣.

(٣) الشديفات، علي محمد كساب (٢٠١٠)، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقد**، رساله ماجستير، غير منشورة، كلية القانون، جامعة عمان العربية، عمان، الأردن، ص٣٥.

١. التحديد غير الإلزامي للشروط التعسفية.

٢. التحديد الإلزامي للشروط التعسفية.

٣. استبعاد الشروط التعسفية عن طريق القضاء.

وأكدت المدونة على تطبيق الحماية من الشروط التعسفية في كل العقود سواء كانت عقود إذعان أم عقود رضائية.

الفقرة الثانية: حماية المستهلك في القانون المصري

اهتم المشرع المصري منذ القدم بمسالة حماية المستهلك وهو يعتبر من أوائل التشريعات العربية التي أولت اهتمام كبير لهذه المسألة ويظهر ذلك جليا من خلال التشريعات التي أصدرها المشرع المصري والتي كان آخرها قانون حماية المستهلك رقم (٦٧) لسنه ٢٠٠٦، والذي تناول فية العديد من المسائل، وقام بتنظيمها وذلك لأن قبل صدور هذا القانون كانت تنظم من قبل القواعد العامة في القانون المدني، حيث أوجب هذا القانون على المورد أو المعلن توفير المعلومات الصحيحة عن طبيعة المنتج وخصائصه بالإضافة إلى تجنب ما من شانه خلق انطباع خاطئ أو غير حقيقي أو مضلل و هذا من شانه يؤدي إلى حماية المستهلك وخياراته في الشراء[١].

ويبرز دور القانون المصري في حماية المستهلك من الشروط التعسفية من خلال إبطاله كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك, من ما يتعلق بالمستهلك إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي التزامات أوجبها القانون بحقه[٢].

ويلاحظ أن القانون المصري لحماية المستهلك لم يضع آلية أو معيار يبين ماهية الشروط التعسفية و يحددها ولم ينص على إنشاء لجنة متخصصة بالشروط التعسفية كما هو الحال في بعض القوانين الأخرى.

---

(١) المادة /٢-٧، قانون حماية المستهلك المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦.

(٢) المادة /١٠، من نفس القانون.

الفقرة الثالثة: حماية المستهلك في القانون العراقي

اهتم المشرع العراقي بمسألة حماية المستهلك و سن الكثير من التشريعات التي كان الهدف منها توفير أكبر قدر من الحماية للمستهلك و كان آخرها قانون حماية المستهلك (رقم ١ لسنة ٢٠١٠) الذي يهدف إلى ضمان حقوق المستهلك الأساسية و حمايتها من الممارسات غير المشروعة التي تؤدي إلى الإضرار به، ويهدف كذلك إلى رفع مستوى الوعي الاستهلاكي إضافة إلى منع كل عمل يخالف قواعد استيراد أو إنتاج أو تسويق السلع أو الانتقاص من منافعها ومنع كل ما يؤدي إلى تضليل المستهلك[1].

وأوجب هذا القانون إنشاء مجلس يسمى مجلس حماية المستهلك يتولى وضع سياسات وبرامج لحماية المستهلك على مستوى الدولة وتلقي الشكاوي والتحقق منها واتخاذ القرارات والتوصيات المناسبة بشأنها وإنذار المخالفين، وبناء قاعدة بيانات تشتمل على المعلومات الضرورية في هذا المجال[2]، كما نظم القانون عمل وصلاحيات وواجبات جمعيات حماية المستهلك وتناول حقوق المستهلك من حيث حقه في الحصول على المعلومات المتعلقة بحماية حقوقه، ومصالحة المشروعة وحقه في الحصول على المعلومات الكاملة عن مواصفات السلعة[3].

ويلاحظ أن هذا القانون لم يتناول تعريف الشروط التعسفية ولم يتناول إيجاد لجنة أو جهة تتولى ذلك.

الفقرة الرابعة: حماية المستهلك في مشروع قانون حماية المستهلك الأردني

لم يصدر لغاية الآن قانون حماية المستهلك الأردني، ولم يزل (مشروع قانون) يتنقل بين وزارتي الصناعة والتجارة ورئاسة الوزراء وديوان التشريع[4]، ويهدف هذا المشروع إلى وضع قواعد عامة لحماية المستهلك وإيجاد الوسائل الكفيلة بتطبيقها بصورة فاعلة بالتعاون مع الأجهزة الحكومية والهيئات والجمعيات ذات العلاقة.

---

(١) المادة /٣ من قانون حماية المستهلك العراقي رقم ١ لسن ٢٠١٠.

(٢) المادة / ٤ من نفس القانون المذكور.

(٣) المادة / ٥ من نفس القانون المذكور.

(٤) الشديفات، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقد**، مرجع سابق، ص٤٤.

بين المشروع واجبات المجلس الأعلى لحماية المستهلك وصلاحياته وحدد آلية عملة والمسؤوليات التي يضطلع بها، ونص على إنشاء هيئة حماية المستهلك وحدد واجباتها، وأهمها متابعة تنفيذ أحكام هذا القانون مع مختلف الجهات المختصة وتسوية المشاكل التي ترد إليها بصفة رضائية[١].

ويلاحظ على مشروع القانون انه نص على لجنة الشروط المقيدة في العقود النموذجية، وهذه اللجنة تتولى دراسة العقود النموذجية في مختلف مجالات الاستهلاك وإقرار التوصيات حول الشروط التعسفية[٢]، بعد ذلك يصار إلى نشر توجيهات اللجنة و تبليغها للجهات ذات العلاقة لمراعاتها عند إعداد صيغ العقود النموذجية[٣]، وأعتبر مشروع القانون الشرط الذي يرد في عقد الاستهلاك و يقضي بعدم الضمان شرطا تعسفيا باطلا ونص على ذلك دون الحاجة إلى أن يتم ذلك من خلال لجنة الشروط التعسفية واعتبر ذلك عمل قاضي الموضوع[٤].

وحسناً فعل واضع مشروع القانون الأردني حيث نص على أنه في حال تعارض أي نص وارد في هذا القانون مع نص آخر وارد في تشريع نافذ يصار إلى تطبيق الأحكام التي توفر أفضل حماية للمستهلك أينما وردت.

---

(١) المادة/ ١٧ من مشروع قانون حماية المستهلك الأردني.
(٢) المادة/ ٢٠ الفقرة (ب)، من نفس القانون المذكور.
(٣) الفقرة (ج)، المادة / ٢٠ من نفس القانون.
(٤) المادة/ ٥ من نفس القانون المذكور.

الفصل الثاني

الأثر القانوني المترتب على التعسف في عقود الإذعان

إن إرادة الأفراد حرة في ما تحدثه من الآثار القانونية، لكن هـذه الإرادة يجـب أن لا تطغى وتستبد في إنشاء العلاقات القانونية وبتحديد آثارها دون النظر إلى المـصلحة العامـة ومقتضيات العدالة، والأصل إن القاضي يحترم قانون العقد و لا يملك تعديله و هذا ما يـسمى (القوة الملزمة للعقد) وهو قائم على مبدأ سلطان الإرادة، ولكن هناك استثناءات لغرض أعاده التوازن بين التزامات الطرفين في العقد بحسب مقتضيات العدالة وأهم هذه الاستثناءات هـي إطلاق سلطه القاضي التقديرية في مواجهة الشروط التعسفية في عقد الإذعان.

فبعد أن لفتت عقود الإذعان أنظار الفقهاء والقضاة بسبب ما لاحظوه من تفاوت كبيـر بين طرفي العقد وما أدى إليه من ظلم تعاقدي أجمعوا على ضرورة حماية الطرف المذعن في هذا النوع من العقود حيث بدأ القضاء وبتأييد من الفقه يتجه إلى حماية الطرف المـذعن فـي بعض الحالات ضمن الحدود التي تسمح بها القواعد العامة واستخدام سـلطته فـي التفـسير والتعديل للوصول إلى حلول عادلة تنصف الطرف المذعن تعتمد أغلبها على العدالة، ألا أنها كانت حماية قاصرة وغير كافية كونها مقيدة في الحدود التي تتم بهـا النظريـات القانونيـة التقليدية والقواعد العامة في التفسير بحيث لم يستطيع القضاء الخروج عن قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، لذلك سنقوم بتقسيم هذا الفصل إلى المبحثين التاليين:

المبحث الأول: تفسير الشروط التعسفية الغامضة في عقد الإذعان.

المبحث الثاني: تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان.

المبحث الأول: تفسير الشروط التعسفية الغامضة في عقود الإذعان

بيّنا في الفصل الأول من هذه الرسالة إن الرأي السائد في الأوساط الفقهية والقـضائية هي إن عقود الإذعان هي عقود حقيقية وليست مجرد مراكز قانونية ألا إن تفسيرها يتميز عن عقود المساومة بخصائص معينة يرجع ذلك إلى الطبيعة الخاصة لهذه العقود و موقف الطرف المذعن منها.

ففي فرنسا لم تأخذ نظريه تفسير عقود الإذعان أبعاد واضحة ذلك لأن هناك اتجـاهين رئيسيين مازالا يتنازعان تفسير هذه العقود[١]، اتجاه يطبق النظرية التقليديـة متبـع طريقـة التفسير الضيق آخذا من قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين أساسا لتفسيرها) بينما يذهب اتجاه آخر إلى ضرورة النظر بعين فاحصة إلى الطبيعة الخاصة لهذه العقود من حيث ظروف إبرامهـا والإكراه الاقتصادي الذي يتعرض له الطرف المذعن والإخلال بينه وبين الموجب وتعلق هذه العقود بسلع أو مرافق ضرورية للأفراد ومن ثم ضرورة التخلي عن طريقة التفسير الـضيق وإتباع طريقة التفسير الواسع القائم على حسن النية والعدالة لحماية الطـرف المـذعن مـن الشروط التعسفية في العقد.

أما بالنسبة للوضع في مصر فهو مغاير للوضع في فرنسا إذ على الـرغم مـن خلـوا التقنين المدني القديم من نصوص لحماية الطرف المذعن ألا إن القضاء كثيراً ما نجـح فـي أحكامه لحمايته، وقام المشرع عام (١٩٤٨) بتضمين التقنين نصوصا حددت إطـار نظريـة التفسير المصرية لعقود الإذعان فأعطى بذلك القضاء المصري السند التشريعي لما يسبغه من حماية وحسم هذه المشكلة فتحقق له السبق عن التشريع الفرنسي في هذا الصدد[٢].

وعلى ضوء ما تقدم سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول: سلطة القاضي في تفسير عقد الإذعان.

المطلب الثاني: التفسير الضيق والواسع لعقد الإذعان.

المطلب الأول: سلطة القاضي في تفسير عقد الإذعان

للقاضي سلطة في تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعـان وأشـارت إلـى ذلـك صراحة المادة ٢٤٠ من القانون المدني الأردني التي تنص على (١. تفسير الشك في مصلحة المدين ٢. ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعـان ضـارا بمصلحة الطرف المذعن) و للقاضي **دور** كبير في تفسير العقد و تحديد مضمونه وقبل بيـان هذا الدور يتعين علينا تحديد مفهوم و أهمية التفسير و كذلك القاعدة العامة في تفسير العقـود وتفسير عقد الإذعان.

---

(١) فوده (١٩٨٥)، **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، مرجع سابق، ص٣٠٨.

(٢) المرجع ذاته، ص٣٠٩.

الفرع الأول: مفهوم وأهمية التفسير:

الفقرة الأولى: تعريف التفسير لغة واصطلاحا

سنتناول المفهوم في المعنى اللغوي و من ثم في المعنى الاصطلاحي:

١- **التفسير لغة:** هو الإبانة وكشف المراد والتبيين والتوضيح، وهو مأخوذ من فسر وهو البيان و الكشف والإيضاح[١].

ومنه قوله تعالى (ولا يأتونك بمثل إلا جئناك بالحق و أحسن تفسيرا) [٢].

٢- **التفسير اصطلاحا:** عرفه البعض بأنه استجلاء المعنى الحقيقي للنص واستجلاء معنى العقد و الوقوف على الإرادة المشتركة للعاقدين ويأتي ذلك من خلال عبارات العقد[٣]، ووضع الأستاذ عبد الحكم فوده تعريف جامع للتفسير فقال (هو تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر بسبب ما اعترض العقد من غموض للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين مستنداً في ذلك إلى صلب العقد والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به) [٤].

ونرى إن تعريف الأستاذ عبد الحكم فوده هو التعريف الوافي للمعنى الاصطلاحي لتفسير العقد، لأنه جاء شاملا للمعنى بما يكتنف العقد من غموض وما يتفرع عنه من نتيجة وهو شامل لجميع الحالات التي يمكن أن يرد عليها النص، لذلك سنتوقف عند هذا المعنى.

الفقرة الثانية: أهمية التفسير

تتضح أهمية تفسير العقد في حالتين[٥]:

---

(١) الرازي، أبو بكر (١٩٦٧)، **مختار الصحاح**، مرجع سابق، ص٥٠٣.

(٢) سورة **الفرقان**، آية ٣٣.

(٣) الحيصة، **سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد**، مرجع سابق، ص٥٩.

(٤) فوده، **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، مرجع سابق، ص١٠-١١.

(٥) رمضان، وليد صلاح (٢٠٠٩)، **القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني**، دراسة مقارنة، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، ص ١٤١.

الحالة الأولى: ضروري للبحث في انعقاد و صحة العقد و تحديد آثاره، إذ يتوقف على تفسير العقد التعبير عن الإرادة لكل من العاقدين و معرفة ما إذا كانت هاتان الإرادتان متطابقتين ومدى الاتفاق بين الإرادتين وما ينتج عنهما من آثار.

الحالة الثانية: وتظهر أهمية تفسير العقد من خلال الوظائف التي يقوم بها وهما وظيفتان:

- الوظيفة الأولى: تحديد الالتزامات التي يتحملها كل متعاقد ومضمون كل التزام.
- الوظيفة الثانية: يهدف التفسير إلى التوصل لحل القانوني المناسب و الأكثر ملائمة وفائدة من الناحية الاجتماعية التي توحي به العدالة.

الفقرة الثالثة: القاعدة العامة لتفسير العقود

حدد المشرع الأردني في المادة /٢٣٩[١] القاعدة العامة لتفسير العقود والتي تنص على ما يلي:

١. إذا كانت عبارات العقد واضحة لايجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

٢. أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل أو بما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين وفق للعرف الجاري في المعاملات.

يتضح من فقرات المادة آنفا بعدم جواز تفسير إرادة المتعاقدين إذا كانت عبارات العقد واضحة وصريحة فلا يجوز الانحراف عن ذلك الوضوح، أما إذا كانت عبارات العقد يعتريها بعض الغموض فيتم البحث عن النية المشتركة للأطراف المتعاقدة و التخلي عن المعنى الحرفي لألفاظ العقد ويتقيد القاضي بما يقره العرف الجاري في المعاملات.

وهذه القاعدة هي عامة لتفسير العقود، أما ما يخص تفسير عقد الإذعان فقد يبتعد أو يقترب قليلا عن هذه القاعدة وكما سنبينه في الفرع التالي:

---

[١] تقابلها المادة (١٥٠) من القانون المدني المصري والمادة (١١١) من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثاني: تفسير عقود الإذعان

تختلف عقود الإذعان عن غيرها من العقود من حيث التفسير فلا تعامل معاملة العقود الأخرى و ذلك لغياب الإرادة الحقيقة المشتركة في هذه العقود، فهناك من يرى وجوب تفسيرها كما تفسر القوانين نظرا لأنها أعمال انفرادية، فيراعى في تفسيرها العدالة و حسن النية وصالح الجماعة، فتتسع فيها سلطة القاضي في التفسير عن سلطته في العقود بصفة عامة(١).

بينما يذهب اتجاه آخر إلى أن هذه التصرفات تفسر كما تفسر العقود ألا أن أنصار هذا الاتجاه اختلفوا في طريقة تفسيرها فذهب القليل منهم إلى عدم التفرقة بينها و بين العقود العادية بينما ذهب البعض الآخر إلى تفسير هذه العقود بطريقة التفسير الواسع و ذلك مراعاة لظروف إبرامها والانحياز إلى الطرف الضعيف فيها(٢).

فالمادة (٢٤٠) مدني أردني نصت على:

١- يفسر الشك في مصلحة المدين.

٢- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن.

فالأصل أنه عند الشك تفسر العبارة الغامضة في مصلحة المدين ولكن تستثنى من ذلك عقود الإذعان حيث يتعين أن يكون هذا التفسير في مصلحة الطرف المذعن سواء كان دائنا أو مدينا ونهض بحكم هذا الاستثناء إن الطرف القوي في عقد الإذعان ينفرد بتحرير العقد كما إن لدية من الوسائل ما يستطيع بها أن يورد عبارات غاية في الوضوح فإذا شابها غموض كان ذلك راجع إليه وعليه تقع تبعته، وإذا كانت القاعدة إن الشك يفسر في مصلحة المدين فإن المشرع قد خرج على هذه القاعدة في المادة /٢٤٠/٢ حيث جاء فيها (ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن).

---

(١) عبد السلام، **سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان**، مرجع سابق، ص١.

(٢) المرجع ذاته، ص٢.

أما المشرع العراقي فقد نص في المادة (٣/١٦٧) مدني عراقي على (ولا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا في مصلحة الطرف المذعن و لو كان دائنا)، ويلاحظ هنا إن المشرع العراقي كان موفقا في هذه الصياغة لأنه قطع الطريق تماما أمام الاجتهاد و التفسير في هذا المجال، ويبدوا أن المشرع الأردني قصد ذات المعنى الذي جاء به المشرع العراقي وكان من المستحسن لو أنه أضاف عبارة (... ولو كان دائنا) ليقطع الطريق أمام التأويل أو الاجتهاد في هذا الجانب.

وأعمال هذا الحكم لا ينبغي إلا في حالة عدم إمكان أعمال قاعدة من قواعد التفسير فإذا عجز القاضي عن الوصول إلى قصد المتعاقدين عن طريق تلك القواعد وثار الشك عنده فإنه يفسر الشك لمصلحة الطرف المذعن سواء كان دائناً أو مديناً[١] وذلك تكريسا لمبدأ حماية الطرف الضعيف.

وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية الفقرة/٢: (نصت المادة /٩٢٤ على بطلان بعض الشروط لاعتبارات موضوعية وهي الشروط التعسفية التي لم يكن لها أثر في وقوع الحادث كشرط مخالفة القوانين في غير حالة الجرائم الجنائية أو الجنح المقصودة وكونه عن عقود الإذعان فهو أيضا يخضع في تفسيره إلى قواعد خاصة منها الحكم ببطلان كل اتفاق يخالف نصوص القانون المنظمة لعقد التأمين ما لم تكن المخالفة لصالح المؤمن له أو المستفيد، ومنها أن يكون التفسير في حالة غموض النص في مصلحة المؤمن له كذلك الحال عندما يكون الشرط تعسفيا، وثانيا لأن هذه الشروط ليس لها اثر في وقوع الحادث المؤمن منه، كذلك فهي شروط تعسفية القصد منها إعفاء شركة التأمين من مسؤوليتها تجاه المؤمن له عن هذه الأضرار، لذلك فهي شروط باطلة وليس لها أثر قانوني ولا يجوز الاحتجاج بها تجاه المؤمن له) [٢] وبالرجوع إلى المادة (٢٣٩) مدني أردني نجد إن المشرع الأردني قد وضع القاعدة الأساسية للتفسير الواجب على القضاء إتباعها ألا أنه أردفها بقاعدة احتياطية تضمنت معياراً موضوعيا يجب على القاضي اللجوء إليه إذا ما تعذر عليه التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين بالرغم من أعمال القواعد المساعدة إذ ألزمه بالأخذ بقواعد العدالة وحسن النية

---

(١) التميمي، فتحي ماجد محمد (٢٠١٠)، **دور المحكمة في تحقيق التوازن العقدي في القانون المدني الأردني**، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية القانون، جامعة عمان العربية، عمان، الأردن، ص ٣١.

(٢) محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية، هيئة خماسية بتاريخ ٢٦/ ١٢ /١٩٩٩ رقم (٧٣٦ / ٩٩)، **مجلة نقابة المحامين الأردنية**، بتأريخ ١/١/ ٢٠٠١، الأردن، ص ٧٩٨.

وذلك من خلال قاعدة تشريعية واستثناء نصت عليه المادة (٢٤٠) مدني أردني وهذه القواعد تتعرض لحالات ثلاث هي حالة وضوح عبارة العقد، وحالة غموض العبارة، بالإضافة إلى حالة قيام الشك من التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين والمشرع أتى بقاعدة أساسية في تفسير كل هذه الحالات وهي قواعد تطبق على جميع العقود بما في ذلك عقود الإذعان[١] وسنتناول هذه الحالات تباعا:

الفقرة الأولى: حالة وضوح العبارة: جاء في الفقرة الأولى من المادة (٢٣٩) مدني أردني (إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين) فالأصل إن العبارة الواضحة هي الإرادة الظاهرة التي تعبر عن إرادة المتعاقدين فيجب التقييد بهذا الأصل سواء أخذنا بالإرادة الظاهرة أو الباطنة، ذلك لأن المقصود بوضوح العبارة هو وضوح التعبير في الدلالة على قصد المتعاقدين فيجب اعتبار تلك العبارة معبرة تعبيرا صادقا عن إرادتهم المشتركة وذلك رعاية لمبدأ سلطان الإرادة وتحقيقا لاستقرار المعاملات فما على القاضي عند وضوح العبارات الواردة في العقد إلا التطبيق[٢] وتطبيقاً لذلك جاء في احد قرارات محكمة التمييز الأردنية (إذا كانت نصوص العقد واضحة فلا يجوز تفسيرها بالانحراف عن ما تهدف إليه والقول بما لا ينسجم مع إرادة الطرفين) [٣].

الفقرة الثانية: حالة غموض العبارة: تنص الفقرة الثانية من المادة/ ٢٣٩ مدني أردني على (أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء لذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات)، وهذه المادة تعالج افتراضين:

الفرض الأول: هو وضوح اللفظ وعدم وضوح الإرادة كأن يكون اللفظ واضحا ولكن طبيعة العقد أو ظروفه تشكك في أن يكون معناه الظاهر هو الذي قصده الطرفان فللقاضي في هذه الحالة أن يعدل هذا المعنى الظاهر إلى غيره من المعاني إذا تبين له من ظروف الدعوى ما

---

(١) السباتين، **الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان**، مرجع سابق، ص ١٠١.

(٢) الحيصة، **سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد**، مرجع سابق، ص ٦٥.

(٣) تمييز حقوق (٢٦٢ / ٩٩)، **مجلة نقابة المحامين**، ١٩٩٩، العدد (٩)، الأردن: ص ٣١٢٧.

يبرر الأخذ بالمعنى الآخر على أن يبين في حكمه الأسباب التي تبرر العدول عن المعنى الظاهر إلى غيره ويخضع في تسبيب ذلك إلى رقابة محكمة التمييز[١]، وان المقصود بالوضوح في هذا المقام هو وضوح الإرادة وليس وضوح اللفظ فقد يكون اللفظ واضحا في ذاته ومع ذلك يظهر أن المتعاقدين لم يحسنوا اختياره للتعبير عن حقيقة قصدهم ففي هذه الحالة لا يأخذ القاضي بالمعنى الواضح للفظ بل يجب عليه أن يعدل عنه إلى المعنى الذي قصده المتعاقدون متى قام أمامه من ظروف الدعوى ما يبرر ذلك[٢].

أما الفرض الثاني: هو غموض اللفظ أو إبهامه وان كان تفسيره في هذه الحالة يتعين على القاضي اللجوء إلى القرائن المختلفة لتحديد المعنى المقصود من العبارة[٣]، ويقصد بالغموض حالة القصور التي تكون عليها عبارات العقد فلا تكشف بجلاء عن الإرادة المشتركة للطرفين لتردد العقد بين عدة وجوه للتفسير كل منها محتمل ويتعذر ترجيح وجه على الآخر، وقررت المادة (١٥٠) من القانون المدني المصري أنه لا يجوز الانحراف عن عبارة العقد الواضحة للتعرف على إرادة المتعاقدين، وأن المقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة وليس وضوح اللفظ، ويجب على المحكمة أن تأخذ بما تفيد العبارات بأكملها وفي مجموعها باعتبارها وحدة متصلة متماسكة[٤].

وقد بين المشرع الأردني للقاضي بعض العوامل التي ينبغي له أن يستند ويهتدي بها في الكشف عن إرادة طرفي العملية التعاقدية وهي بمجملها عوامل موضوعية أو عوامل مادية يستطيع القاضي الاعتماد عليها: طبيعة التعامل، شرف التعامل (الثقة والأمانة)، والعرف الجاري في المعاملات[٥]، إن طبيعة التعامل يقصد بها موضوع العقد فإذا احتمل عبارة العقد أكثر من معنى يختار القاضي المعنى الذي تقتضيه طبيعة العقد ما لم يصرحا بخلاف ذلك، وشرف التعامل إن الأمانة في التعامل تقضي عليه أن لا يستغل ما وقع من إبهام في التعبير

---

(١) الحيصة، **سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد**، مرجع سابق، ص٦٦.

(٢) إبراهيم، سيد أحمد (٢٠١٠)، **عقود الإذعان فقها وقضاء**، القاهرة: دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، ص٧٣.

(٣) شريف، احمد محمد (١٩٩٩)، **مصادر الالتزام في القانون المدني**، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن، ص ١٣٢.

(٤) إبراهيم، **عقود الإذعان فقها وقضاء**، مرجع سابق، ص٧٩.

(٥) السباتين، **الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان**، مرجع سابق، ص ١٠٦.

مادام أنه قد فهمه على حقيقته أو كان يستطيع أن يفهمه، أما العرف يقصد به كل عادة شائعة بين المتعاقدين في طراز العقد الذي ارتبط به المتعاقدان على نحو يجعلهما شرطا ضمنيا مفهوما في التعامل ومع ذلك يجوز للقاضي أن يلجأ لعوامل ودلائل أخرى كلما استطاع ذلك[١] فالقاضي يسترشد قدر الإمكان بما أشار إليه التقنين دون أن ينسى إن التفسير في نهاية المطاف مسألة فن وذوق وكياسة وخبره[٢].

الفقرة الثالثة: عندما يكتنف الشك إرادة المتعاقدين: تنص المادة (٢٤٠) الفقرة الأولى على (يفسر الشك بمصلحة المدين)، يضع هذا النص القاعدة التي يتوجب على القاضي إتباعها في حالة قيام الشك لديه في حقيقة مدلول عبارات العقد، وهي قاعدة احتياطية في التفسير بمعنى أنه لا يجوز اللجوء إليها إلا بعد تعذر الوصول إلى نتيجة محدده بموجب قواعد التفسير الأصلية المنصوص عليها في المادة /٢٣٩ مدني أردني[٣]، فلو أتفق في عقد البيع مثلا على أن يقوم البائع بعمل إصلاحات معينة في المبيع قبل تسليمه على خلاف القاعدة القانونية المكملة التي تقوم على: (إن البائع يلتزم بتسليم المبيع بالحالة التي كانت عليها وقت البيع)، ثم ثار الشك حول مدى الإصلاحات التي يلتزم بها البائع فسر الشك على إن المعنى الذي يحقق مصلحة البائع وهو المدين[٤]، فالرأي الراجح فقها وقضاء هو تفسير الشك في شروط العقد لصالح المتعاقد الذي يضار من الشرط الذي يجري تفسيره بصرف النظر عن وضعه في العقد سواء كان دائنا أو مدينا وهو ما يتفق مع الأساس الذي أقام عليه المشرع قاعدة تفسير الشك في مصلحة المدين، فالمستفيد من الشروط هو الذي يملي أحكامه فإذا قصر في ذلك فليتحمل مغبة إهماله[٥]،

ومن كل ذلك نجد إن الفقه والقضاء قد تفهما عدم قدرة الطرف الضعيف على صياغة أي شرط من شروط التعاقد بما في ذلك الشروط التي قد يبدوا مستفيدا منها بوصفه دائنا، الأمر الذي دفع المشرع إلى تقنين ذلك بالنسبة للطرف المذعن إذ نص على هذه القاعدة

(١) شريف، **مصادر الالتزام في القانون المدني**، مرجع سابق، ص ١٣٣.

(٢) بن حامد، **عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن**، مرجع سابق، ص ١٥٣.

(٣) السباتين، **الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان**، مرجع سابق، ص ١٠٨.

(٤) شريف، **مصادر الالتزام في القانون المدني**، مرجع سابق، ص ١٣٤.

(٥) السباتين، **الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان**، مرجع سابق، ص١١١.

لمصلحته كونه يمثل الطرف الضعيف دائماً[١] وهذا واضح في نص المادة (٢٠٤ / ٢) مدني أردني وكما سنبينه في الفرع التالي:

الفرع الثالث: الاستثناء: تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن

تنص الفقرة الثانية من المادة (٢٤٠) مدني أردني على أنه (ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن).

يتضح من هذه الفقرة إن المشرع أورد قاعدة (يفسر الشك لمصلحة المدين) استثناء وهو أنه إذا كان العقد من عقود الإذعان وكان في عباراته غموض تعذر إيضاحه عن طريق التفسير فإن الشك لا يصح تفسيره لمصلحة المدين بل يجب تفسيره لمصلحة الطرف المذعن دائنا كان أو مديناً[٢] فذلك لأن هذا الطرف لا يكون له دخل أو علاقة في وضع عبارات العقد إذ هي غالبا من إملاء الطرف الآخر فيجب أن يتحمل هذا وزر ما فيها من غموض لا تفلح وسائل التفسير في إيضاحه[٣] فإذا تضمن عقدا من عقود الإذعان كعقد التأمين أو عقد العمل، شرطا غامضا ولم يستطيع القاضي تبديد هذا الغموض بوسائل التفسير المتاحة والممكنة، ويظل الشك قائما حول ما أراده المتعاقدان من عبارة هذا الشرط، فهنا يجب على القاضي تفسير هذا الشك في مصلحة الطرف المذعن أي المستأمن أو العامل وذلك دائما في كل الأحوال حتى لو كان من شأن القواعد العامة أن تجعل تفسير الشك في مصلحة التفسير الآخر المؤمن أو رب العمل كما لو كان من شأن الشرط الذي لا يسبب الشك أو أحاط به أن يشدد من مسؤوليته العقدية كأن يلزمه مثلا بتعويض الضرر المتوقع والضرر الغير متوقع بما تقضي به القواعد العامة بالقانون[٤] وأيضا ينطبق هذا الاستثناء على كافة شروط العقد سواء كانت المطبوعة أو المخطوطة لأن هدف المشرع هو حماية الطرف المذعن إزاء كافة شروط العقد وأن كانت الشروط المطبوعة أكثر بروزا ووضوحا لأنها ينفرد بإملائها الطرف القوي (الموجب) فهي كذلك تبقى موجودة بالنسبة للشروط المخطوطة التي تضاف عادة بعد نقاش

---

(١) السباتين، **الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان**، مرجع سابق، ص١١١.

(٢) شريف، **مصادر الالتزام في القانون المدني**، مرجع سابق، ص١٣٤.

(٣) المرجع ذاته، ص١٣٤.

(٤) محمود، عبد الدايم حسني (٢٠٠٨)، **العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني**، دراسة مقارنة، الإسكندرية: دار الفكر الجامعية، ص ١٩٧.

طرفي العقد ولأن الطرف المذعن ليس لديه القدرة على صياغة أي شرط من شروط العقد حتى تلك التي تبدوا لصالحة لما يتمتع به الطرف القوي من هيمنة لايستهان بها حتى بالنسبة للشروط المخطوطة[١]، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني إن هناك ثلاث قواعد كلها تتضافر على إقرار هذا المبدأ (تفسير الشك...):

١- اليقين لا يزول بالشك فإذا كان هناك شك في مديونية المدين فاليقين أنه بريء الذمة ولا يزول هذا اليقين بالشك.

٢- الأصل بقاء ما كان على ما كان عليه وبراءة الذمة تسبق المديونية فتبقى براءة الذمة قائمة على ما كانت عليه ولا تزول إلا بمديونية قامت على يقين.

٣- الأصل براءة الذمة فيفترض في من يدعى عليه بالدين أنه بريء الذمة حتى يقيم من يدعي الدين الدليل القاطع على أنه له دينا في ذمته وان كان هناك شك في مديونية المدين رجحت براءة ذمته وفسر الشك في مصلحته[٢] فتفسير العقد يعد مسألة موضوعية إذ يعتمد أساسا على وقائع وظروف العقد وبصفة خاصة العبارات التي استعملت فيه وبالتالي فإن القاضي لا يخضع في قيامه بالتفسير لرقابة محكمة التمييز ما دام قد التزم القواعد الممكنة في تفسيره ومادام أنه قد استخلف نتائجه من مصادر موجودة فعلا وغير متعارضة مع حقيقة وظروف النزاع المعروض علية، ومتى كانت عبارات العقد تحتمل المعنى الذي حصلته ولا يجوز للطرف المذعن أن يتمسك بقاعدة عدم جواز تفسير الشك إضرارا به لأول مرة أمام محكمة النقض[٣].

المطلب الثاني: التفسير الضيق والواسع لعقود الإذعان

سنتناول هذا المطلب ب فرعين، نتناول في الفرع الأول التفسير الضيق لعقد الإذعان وفي الفرع الثاني التفسير الواسع لعقد الإذعان وكما يلي:

---

(١) جميعي، **أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد**، مرجع سابق، ص ٢٥٥.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني (١٩٨٥)، ج١، مطبعة التوفيق، عمان، ص ٢٤٦.

(٣) محمود، **العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني**، مرجع سابق، ص ١٩٨.

الفرع الأول: التفسير الضيق لعقد الإذعان

يعني التفسير الضيق للعقد تطبيق شروطه حرفيا دون أن يؤخذ بمبادئ العدالة وحسن النية ويأتي هذا التفسير من التطبيق الصارم للفقرة الأولى من المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي التي تنص على (إن الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديها) [١] ومفاد التفسير الضيق لعقد الإذعان أن يحضر إعادة النظر في الشروط الجائرة الواردة بهذا العقد بحجة تنافيها مع العدالة، بل يتعين أخذ الطرفين بحكمها أعمالا بالنص سالف الذكر طالما انعقد العقد صحيحا بين طرفيه و القاضي الذي يعيد النظر بهذه الشروط رغم وضوحها يحرف العقد و يعرض حكمة للنقض[٢] لذلك سنتناول مدى العمل بالتفسير الضيق في القضاء الفرنسي ثم المبادئ العامة التي تحكم تفسير عقد الإذعان ثم الانتقادات التي وجهت لهذا التفسير.

الفقرة الأولى: فشل نظرية الإذعان أمام القضاء الفرنسي

لم تتقبل المحاكم الفرنسية نظرية عقود الإذعان ولم تسلم بها كطريقة متميزة في التفسير تختلف عن الطريقة السائدة في عقود المساومة إذ طالما علم المذعن بشروط هذه العقود أو كان بإمكانه العلم بها فإنها تكون حجة عليه ومن ثم لا يحق له لمجرد أنه ابرم عقد من عقود الإذعان أن يتحلل من شروطه المتفقة مع النظام العام والآداب سواء ما كان منها مطبوعا أو مخطوطا إذ يسرت له الشركة المحتكرة سبيل العلم بها سواء النشر في الصحف أو وسائل الإعلام المختلفة وإذا أقدم على التعاقد في هذه الحالة فإن إرادته تكون قد انعقدت على الأخذ بمضمونها التعاقدي[٣] فالقاعدة العامة في القضاء الفرنسي هي تطبيق حكم المادة (١١٣٤ /١) مدني فرنسي باحترام حرية التعاقد وأخذ الطرفين بحكم شروط العقد الواضحة ولا ينال من ذلك اختلال التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد أو عدم مناقشة شروطه طالما إن الطرف المذعن وقع العقد حراً مختاراً إذ ليست هناك ثمة عيب من عيوب الرضا و طالما

---

[١] الشيخلي، **عقد الإذعان**، مرجع سابق، ص٩٢.

[٢] السنهوري (١٩٣٤)، **نظرية العقد**، مرجع سابق، ص ٩٤٩.

[٣] الصدة (١٩٤٦)، **عقود الإذعان في القانون المصري**، مرجع سابق، ص ١٧٤-١٧٥، فودة، **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، مرجع سابق، ص٣١١.

أتيحت له فرصة العلم بشروط العقد فقد قام الرضا والعلم يكفل التراضي[١]، ومن هذا المنطلق خلعت محكمة النقض الفرنسية صراحة على عقد التأمين صفة الرضائية التي تحتم اللجوء للنية المشتركة للطرفين وإعمال حكمها ولو اقتضى الأمر اللجوء إلى عناصر خارجية للوقوف على هذه النية فسوت بذلك بينة وبين العقود العادية[٢]، كما لم يفرق القضاء بين شروط عامة مطبوعة وأخرى مخطوطة، إذ يعتبرها ما لم تتعارض متكاملة يأخذ الطرفان بأحكامها، ومن ثم لا يمكن لقضاء الموضوع رفض تطبيق أي منها طالما إنها واضحة و محددة و إلا عرض حكمة للنقض[٣] لتحريف العقد، إذ لم يتم في فرنسا إجماع على منح القاضي سلطة مراقبة الشروط التعسفية الضارة بالطرف المذعن بتعديلها أو الإعفاء منها[٤] ولم يغب عن القضاء الفرنسي عند تفسير هذه العقود العمل على حسن سير المرفق العام و تأديته لخدمته إذ يغلب مصلحة المرفق على مصلحة الفرد إذا حصل تعارض بينهما[٥].

وخلاصة القول، إن الطرف المذعن بتوقيعه على العقد يعني موافقته على الإيجاب و قبوله له ككل لا يتجزأ و ذلك لكل ما يتضمنه من شروط ترتب حقوق و التزامات للطرفين و سواء كان قبوله لهذه الشروط صريحا أو ضمنيا، فحرية الاتفاقات مبدأ يعلو على العدالة وحسن النية و من هذا يتبين إن نظرية عقود الإذعان لم تحض في القضاء الفرنسي بمركز متميز.

الفقرة الثانية: المبادئ العامة التي تحكم تفسير عقد الإذعان

تحدثنا في ما سبق عن المادة (١١٣٤) مدني فرنسي والتي يتمسك بها القضاء ويضعها في صدر أحكامه جاعلا منها أساس القوة الملزمة للعقود و نتعرض في ما يلي للمادة (١١٥٦) والتي تضع أساس النظرية التقليدية للتفسير لنرى دورها في عقود الإذعان:

ذهبت المحاكم الفرنسية إلى أنه عند غموض شروط هذه العقود فإن على قضاة الموضوع البحث عن النية المشتركة للطرفين دون التقيد بالمعنى الحرفي للألفاظ و إذا كانت

---

(١) فوده، المرجع ذاته، ص٣١١، السنهوري (١٩٣٤)، **نظريه العقد**، مرجع سابق، ص٢٨٦.

(٢) الشيخلي، **عقد الإذعان**، مرجع سابق، ص٩٣.

(٣) السباتين، **الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان**، مرجع سابق، ص٨٤.

(٤) فوده، **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، مرجع سابق، ص٣١٢.

(٥) المرجع ذاته، ص٣١٢.

هذه الشروط واضحة فلا محل لتفسيرها بدافع العدالة للوقوف على نية مضادة و إلا عد ذلك تحريفا للعقد[١]، ولقاضي الموضوع اللجوء إلى كافة طرق الإثبات في سبيل استدلاله على النية المشتركة لطرفي العقد بما في ذلك العناصر و الظروف الخارجية[٢] و يتمتع قاضي الموضوع حيال البحث عنها بسلطة تامة لا تخضع لرقابة محكمة النقض طالما تعلق الأمر بتفسير شروط غامضة[٣]، وتوافق محكمة النقض قضاة الموضوع عند استخلاصهم لإرادة الطرفين المشتركة على اللجوء للعرف لتفسير ما غمض من شروط هذه العقود، إذ يفترض علم أطرافها به طالما أنه كان ساريا حال التعاقد و كان بإمكانهم العلم به ولم تتضمن هذه العقود نصوصا تتعارض معه بل إن لهم إكمالها بإضافة التزامات جديدة إليها كما هو شان إضافة الشروط العرفية في العقود التجارية، ومسند ذلك في الحالة الأولى من المادة (١١٥٩) مدني فرنسي أما الحالة الثانية فسندها المادة (١١٦٠) مدني فرنسي[٤].

الفقرة الثالثة: انتقاد طريقة التفسير الضيق

تعرضت طريقة التفسير الضيق التي تبناها القضاء إلى انتقادات الفقه الفرنسي من جانبين:

الجانب الأول عن تطبيقه المادة (١/١١٣٤) مدني فرنسي على عقود الإذعان، و الجانب الآخر عن تطبيقه المادة (١١٥٦) عليها.

أخذ الفقه على القضاء إعطائه المادة (١١٣٤) أبعاد غير محددة فإذا كانت هذه المادة تنطبق على عقود المساومة فذلك لأن الطرفين يقفان فيها على قدم المساواة حيث يناقش كل منهما شروط العقد بحرية يدافع فيها عن مصلحته وإذا ما اتفق على صيغة التعاقد فلا مفر من احترام ما وصلا إليه إذ يقوم العقد بينهما مقام القانون[٥] ولكن الوضع بالنسبة لعقود الإذعان

---

(١) السنهوري (١٩٣٤)، **نظرية العقد**، مرجع سابق، ص٩٢٧، فودة، **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، مرجع سابق، ص٣١٣.

(٢) فوده، **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، مرجع سابق، ص٣١٣. **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، مرجع سابق.

(٣) الصدة (١٩٤٦)، **عقود الإذعان في القانون المصري**، مرجع سابق، ص١٦٨، السنهوري (١٩٣٤)، **نظرية العقد**، مرجع سابق، ص٩٢٧.

(٤) فوده، **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، مرجع سابق، ص ٣١٣.

(٥) الشيخلي، **عقد الإذعان**، مرجع سابق، ص ٩٦.

مختلف إذ يفرض طرف إرادته في شكل شروط مطبوعة و لا يقبل نقاشا فيها بينما يسلم بهـا الطرف الآخر مضطرا ليحصل على السلعة أو الخدمة التي تشكل أمر ضروري لـه فيـأتي رضائه اقرب إلى التسليم منة إلى المشيئة[١].

فكيف عندئذ نسوي بين نوعين من هذه العقود ونطبق المادة (١/١١٣٤ مدني فرنسي) على شروط لائحة المصنع رغم إن معظمها شـروط أسـديه و ضـعها صـاحب المـصنع لمصلحته؟ والقضاء إذا كان يعتبر العامل على علم بشروط اللائحة أو كان في إمكانـه العلـم بها[٢] ومن ثم فقد رضيها وإذا كان هذا صحيحا فما الذي يحدث بعد هذا العلم؟ هل يـستطيع العامل شيء حيال هذه الشروط؟

كلا إذ يستوي الأمر عنده سواء علم أو لم يعلم فلم يؤدي الأمر إلى شيء حتى أنه أحيانا يغض الطرف عنها ولا يكلف نفسه مؤونة قراءتها و فهمها والقول بان مجرد دخول العامـل للمصنع يعني أنه قد عمل بها ورضي إنما هو محض افتراض قانوني بعيد عن الواقـع وإذا كان هناك تراضي في عقد العمل فهو قاصر على الشروط الأساسية المتعلقة بالأجر وساعات العمل ونوعيته، والمشرع عندما وضع هذه المادة إنما كان يفترض في الاتفاقات التـي تحـل محل القانون بين طرفيها تلك الاتفاقات المبرمة بحرية وهذا يختلف جذريا عن عقود الإذعان إذ الحرية فيه محض خيال لذلك كيف يتسنى تطبيق حكم هذه الفقرة بحرفيتهـا علـى عقـود الإذعان[٣].

أما بالنسبة للمادة (١١٥٦مدني فرنسي) التي طبقها القضاء على عقود الإذعان لتكـون الأساس لتفسير الشروط الغامضة بها ففيه تعميم وإطلاق يحتاج إلى تخصيص و تقييد فالنيـة المشتركة إذا كانت قائمة في عقود المساومة فذلك لأنها محل تراضي حقيقي بين أطرافها أما في عقود الإذعان فالوضع مختلف إذ ليست كل شروط العقد محل تراضي بين طرفيها وما يتم التراضي علية هو الشروط الجوهرية فقط أما الشروط التبعية فليس هناك بشأنها في الحقيقـة إلا إرادة واحدة هي إرادة الموجب فكيف يمكن القول بتطبيـق المـادة / ١١٥٦ علـى هـذه الشروط لاستخلاص النية المشتركة، إذ لم يحدث اشتراط حقيقي بين إرادة الطرفين بشأنها، بل

---

[١] فوده، **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، مرجع سابق، ص ٣١٩.

[٢] عبد السلام، **سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان**، مرجع سابق، ص٢٥.

[٣] فوده، **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، مرجع سابق، ص٣٢٠.

سيطرة إرادة على أخرى ومن ثم سيكون التفسير في الحقيقة تفسيرا لإرادة منفردة فكيف يمكن القول بوجود إرادة مشتركة بشان شرط مطبوع في وثيقة التأمين يسقط حق المستأمن لأتفه الأسباب؟ وكيف يمكن القول بان المستأمن على علم طالما لم يرفضه ؟ لا شك إن في ذلك إفراطا في الخيال ومحض افتراض يتنافى مع الواقع في هذه العقود[١].

والقضاء الفرنسي بإصراره على التمسك بالمادتين (١١٣٤/١ و ١١٥٦ مدني فرنسي) كأساس لتفسير هذه العقود إنما يتجاهل العدالة وحسن النية والمصلحة العامة كمبادئ موضوعية إذ أنه إلى جانب الفقرة الأولى من المادة/ ١١٣٤ الفرنسية توجد الفقرة الثالثة من المادة نفسها وتوجد المادة/ ١١٣٥، فالفقرة الثالثة من المادة/ ١١٣٤ تنص على إن العقود يجب أن تنفذ بحسن نية والمادة/ ١١٣٥ تنص على إن العقود لاتلزم بما هو مذكور فيها فحسب بل أيضا بما يستتبع الالتزام طبقا لطبيعته مما تقضي به العدالة والعرف والقانون إذ إن هذه النصوص أهملت أكثر مما يجب من الفقهاء والمحاكم وإنها يجب أن تلقي في القانون أهمية اكبر فهي تكون إصلاحا كافيا وضروريا للمادة (١١٣٤/١) [٢].

وخلاصة القول إن نظرية الإرادة بأبعادها التقليدية غير قابلة للتطبيق الكامل على عقود الإذعان لاختلاف جوهرها عن جوهر عقود المساومة التي تجد فيها النظرية التقليدية المجال الطبيعي للتطبيق، ومن ثم كان لزاما البحث عن طريقة مناسبة لتفسير هذه العقود و هو ما سنتعرض له في الفرع التالي.

الفرع الثاني: التفسير الواسع لعقود الإذعان

يقصد بالتفسير الواسع ذلك التفسير الذي يهدف إلى إعادة النظر في الشروط التعاقدية التي يقدر القاضي إنها شروط تعسفية فيعمد إلى تعديلها أو إعفاء الطرف المذعن منها، ولا شك إن هذه الطريقة من طرق التفسير التي تتعرض للعقد في الصميم بتعديل أو استبدال لبعض شروطه ومن ثم فهي تحتاج إلى جرأة من القضاء في الإقدام عليها[٣] ولم تتحقق هذه بعد في القضاء الفرنسي لافتقار المجموعة المدنية الفرنسية لنص مماثل لنص المادة (٢٠٤) مدني أردني والفقرة الثانية من المادة (١٦٧) مدني عراقي التي تنص على: (إذا تم العقد

---

[١] فوده، **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، مرجع سابق، ص٣٢٠-٣٢١.

[٢] الصدة (١٩٤٦)، **عقود الإذعان في القانون المصري**، مرجع سابق، ص١٧٥.

[٣] فوده، **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، مرجع سابق، ص ٣٢٢.

بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروط تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفـي الطرف المذعن منها وذلك وفق لما تقتضي به العدالة و يقع باطلا كل اتفـاق علـى خـلاف ذلك)[١]، ويذهب الأستاذ (بورليو) مع آخرين[٢] إلى القول بطريقة التفسير اللبق وترك طريقة التفسير الضيق لأنه يرى إن الطريقة الأولى طريقة فنية تعتمد على مهارة قاضي الموضوع إذ يمكنهم باستخدامها إعفاء الطرف المذعن من بعض آثار الشروط التي ما كان يقبلها لو علم بها لو أتيحت له فرصة العلم بها. فعن طريق التسبيب الدقيق للأحكام و عدم الاكتفـاء بالوصـف المجرد للعقد بأنه من عقود الإذعان من شأنه أن يساعد على عدم نقض الحكم إذ إن محكمـة النقض تتشدد كثيراً مع الأحكام التي تعدل من شروط العقد لمجرد أن الطرف المـذعن ابـرم عقد من هذا النوع مما تعتبره قصوراً في التسبب مبررا للنقض.

فإذا كان الشرط مبهما للغاية كان يكون وارد في ألفاض عامة غير محـددة فلقاضـي الموضوع اعتباره شرط تعسفيا لا يرتب أي اثر خاصة إذا كان من شأنه درء المسؤولية عن الموجب فدقة التسبيب المقنعة منطقيا وعقلياً من شأنها منح الحكم دفعة قويـة تجعلـه يجتـاز حاجز الرقابة الذي تفرضه محكمة النقض، والواقع أن ما اقترحه الأستاذ (بورليو) ليس بجديد إنما هو استخلاص لاتجاه لم يتأكد من محكمة النقض الفرنسية على وجه اليقين استنته بعـض أحكام متفرقة ولكن هذا لا يمنع من وجاهته رغم عدم كفايته[٣]. وقد ذهب جانب مـن الفقـه الفرنسي إلى ضرورة إعطاء قضاة الموضوع سلطة رحبة حيال تفسير عقود الإذعان[٤] مـن اجل مراقبة الشروط التعسفية التي تتضمنها هذه العقود بترخيص لهم بالذهاب وراء الحـدود التقليدية في تفسير العقود العادية وذلك بحثاً عن العدالة إلى الحد الذي يمكن معه تعديل الشرط التعسفي أو إعفاء الطرف المذعن منه.

وقد استند الفقه الفرنسي في نظرته إلى التفسير الواسع لما تمليه الفقرة الثالثة من المادة (١١٣٤ مدني فرنسي) بضرورة تنفيذ العقد بحسن نية ومـا قـصدته المـادة/ ١١٣٥ بعـدم

---

(١) تقابلها المادة (٢٠٤) من القانون المدني الأردني والمادة (١٤٩) مدني مصري، ولم يرد في القانون اللبناني مقابل للنص المذكور شأنه بذلك شأن القانون الفرنسي.

(٢) الشيخلي، **عقد الإذعان**، مرجع سابق، ص ٩٩.

(٣) فوده، **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، مرجع سابق، ص ٣٢٣.

(٤) الصدة (١٩٤٦)، **عقود الإذعان في القانون المصري**، مرجع سابق، ص ١٧٥.

الاقتصار في الإلزام بالعقود على ما ورد فيها، وإنما بما يستتبعه الالتزام أيضا وفق طبيعته وبما تقضي به العدالة والعرف والقانون[1].

وحول الجدال الفقهي حول التفسير الواسع ظهرت نظريتان فقهيتان هما نظرية (جونو) و(ديريه) اللتان سبق وأن تحدثنا عنها في المبحث الخاص بالطبيعة القانونية لعقد الإذعان، وبصدد التفسير يرى جون أن يكون تفسير الشروط التعاقدية باستخلاص النية المشتركة للطرفين وهو ما يراه ديريه بالنسبة للشروط الجوهرية، كما يرى جونو في تفسير الشروط اللائحية ضرورة مراعاة حسن النية وهو ما يراه ديريه أيضا وكل ذلك من أجل حماية الطرف المذعن وإعلاء مبدأ حسن النية والعدالة[2].

وإزاء ما لاحظه القاضي الفرنسي من ضعف الطرف المذعن و جور بعض شروط العقد فقد أرسى عدة مبادئ لهذا التفسير متأثرا بشروح الفقه و أحكام العدالة التي افتقدتها بعض شروط التعاقد.

وعليه سنتناول بعض المبادئ التي أرساها القضاء لهذا التفسير وذلك على النحو التالي:

الفقرة الأولى: اشتراط العلم للاحتجاج بالشروط التبعية

يعني العلم بالشيء وعدم الاعتراض عليه صراحة والرضاء به ضمنا، ويقوم مقام العلم الفعلي استطاعة العلم وعلى هذا الأساس إذا كان المتعاقد يجهل أحد شروط التعاقد فلا يمكن أخذه بأحكامه (بمقولة وضوح الشرط وتحديده و توقيع المتعاقد عل عقد) طالما أنه لم يعلم بالشرط فعلا ولم يكن باستطاعته ذلك، فمثلا لا يعني التوقيع على وثيقة التأمين إن المستأمن كان على علم كاف بكل شروطها و أنه قبلها حرا مختارا، صحيح إن الأصل في كل شخص ابرم عقد أنه قد تمكن من قراءته والإحاطة بكل شروطه ولكن هذا لا يطبق حرفيا على عقود الإذعان، نتيجة للظروف التي تبرم فيها والقول بخلاف ذلك يعني إسناد إرادة خيالية للطرف المذعن فإذا كنا بالنسبة للعقود العادية لانحتج على أحد المتعاقدين بالشروط التي لم يعلم بها ولم تكن محلا للرضاء المتبادل بين طرفي التعاقد فمن باب أولى أن نطبق ذلك على عقود

---

(1) الصدة (١٩٤٦)، **عقود الإذعان في القانون المصري**، مرجع سابق، ص ١٧٥.

(2) المرجع ذاته، ص١٥٣، فودة، **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، مرجع سابق، ص٣٢٨-٣٢٩.

الإذعان[١] وبالنسبة لشروط لائحة المصنع فإذا لم يعلم العامل بالشرط الجائر أو لم يكن بإمكانه العلم به فكيف يمكن الاحتجاج به عليه؟ هل يكفي مجرد دخول العامل للمصنع حتـــى يعتبـــر عالماً به؟ بالطبع لا فلا يكفي مجرد وجود العامل بالمصنع للدلالة على علمه بلائحة أو إمكان علمه به طالما لم يتم إعلانها حتى يستطيع العلم بشروطها[٢]. وفي ذلك تقول محكمة الـــنقض الفرنسية أنه (دون شك ورغم أي اشتراط مخالف كي تدل من جانبهم علـــى قبـــول شـــروط اللائحة المذكورة إذا لم يثبت إن العامل المطرود قد علم وقبل هذه اللائحة في الحقيقة وقـــت الاشتغال... [٣] إضافة إلى إنها قضيت بعدم كفاية إعلان لائحة حتى يفترض علـــم العامـــل بشروطها ذاهبة في أحكام أخرى إلى تحقق هذا العلم بإعلانها في أماكن ظاهرة للمصنع[٤] أو بوضعها في إطار ظاهر على مقربة من باب الـــدخول[٥]، أو بطريقـــة منظمـــة أي بطريقـــة ظاهرة[٦]، تلفت نظر العامل إليها، وقد تعلق القضاء المصري القـــديم بالتراضـــي لإعفـــاء الطرف المذعن من الشروط التعسفية ولم يكتفي بنية محتملة حول العلم بها بـــل اســـتلزم أن يكون المذعن عالما بها أو كان في استطاعته العلم بها وهو بهذا يستلزم قيـــام إرادة حقيقيـــة بشأنها[٧].

الفقرة الثانية: تغلب الشروط الجوهرية على الشروط التبعية عند التعارض بينها

الأصل إن الطرف المذعن يأخذ بكل شروط العقد المطبوعة والمخطوطة لايفرق بين أي منها في قوة الإلزام إذ لامحل لإهدار الشرط التبعي طالما أمكن التوافق بينها وبـــين الـــشرط الجوهري ولكن يحدث أن يقوم الطرفان بإلغاء أو تعديل أحكام بعض الشروط العامة المطبوعة بشروط خاصة مخطوطة ولا ينتهيان إلى حذف الشرط العام أو تعديل صـــياغته لتتفـــق مـــع

---

(١) فوده، **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، مرجع سابق، ص٣٣٨.

(٢) فوده، المرجع ذاته، ص ٣٣٩، الصده (١٩٤٦)، **عقود الإذعان في القانون المصري**، مرجع سابق، ص٢٠٩.

(٣) نقض فرنسي في ١٦ يوليو سنة ١٩٠٦ أشار إليه الصده، المرجع ذاته، ص ٢٠٩.

(٤) نقض فرنسي في ١١ مايو ١٨٨٦ أشار إليه فوده، **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، مرجع سابق، ص ٣٣٩.

(٥) نقض فرنسي في ٩ ديسمبر ١٩٠٧ أشار إليه فوده، المرجع ذاته، ص٣٣٩.

(٦) نقض فرنسي في ١٩ فبراير ١٩٢٣ أشار إليه الصدة (١٩٤٦)، **عقود الإذعان في القانون المصري**، مرجع سابق، ص ٢١٠-٢١١.

(٧) عبد السلام، **سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان**، مرجع سابق، ص٢٥.

صيغة الشرط الخاص عندئذ يحدث التعارض بين هذين الشرطين لدرجة لايمكن معها التوافق بينهما، أما إذا أمكن التوافق فلا محل لإهدار الشرط العام[١] ولكن إذا حدث تعارض بين شرط مخطوط وآخر مطبوع فإن الغلبة تكون للأول ومرجع ذلك إن الشرط المخطوط يولد نقاش بين طرفي التعاقد بعكس الحال في الشرط المطبوع الذي يذعن له الطرف الآخر وبهذا التعارض يكون الطرفان قد أرادا تعطيل حكم الشرط العام بالنص على شرط خاص معارض له ومن ثم لزم أعمال إرادتهما[٢] ولا يشترط في استلزام التعارض الصريح الواضح بين الشروط المخطوطة والمطبوعة أن تكون نتيجتها في صالح الطرف المذعن فسواء كان في مصلحته أو ضده فإنه يتعين إجراء التغليب طالما إن هذا يتفق مع نية الطرفين المشتركة فرغم ذلك تمسكت محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها بضرورة الإبقاء على الشرط العام لأنه في صالح الطرف المذعن ولم تغلب عليه الشرط الخاص لأن ذلك ليس في مصلحته فقد قضيت في دعوى تخلص وقائعها في أن شخصاً أمن على سيارة نقل فإذا سرقت أقام دعوى على شركة التأمين طالبا القضاء له بالتعويض وعرضت الدعوى على محكمة الاستئناف ففوضت دعوة المطالبة بالتعويض على سند من القول أن خطر السرقة كان منصوصا عليه في الشروط العامة للوثيق ولكن الشروط الخاصة قصرت الضمان على خطر الحوادث إذ عرض النزاع على محكمة النقض انتهت إلى إنها وان كانت الشروط الخاصة قد حددت نطاق الضمان بقصره على خطر الحوادث ألا إنها لم تذكر أي مخالفة صريحة لخطر السرقة الوارد في الشروط العامة وإذا كان ما تقدم فإن ما انتهت إليه محكمة الاستئناف يعد تحريف للشروط الواضحة والمحددة في العقد[٣]، كذلك القضاء المصري القديم قد سوى بين الشروط الجوهرية والتبعية ولم يفرق بينهما من حيث القوة الملزمة ألا أنه عند قيام التعارض بينهما كان يعطي الأفضلية للشروط الجوهرية فقد غلب الشروط المخطوطة في وثيقة التأمين على الشروط المطبوعة حيث يتجه المتعاقدان عند كتابة هذه الشروط المخطوطة إلى الخروج على ما تضمنته الشروط المطبوعة[٤].

---

(١) فوده، **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، مرجع سابق، ص ٣٤٠.

(٢) السنهوري (١٩٥٢)، **الوسيط في شرح القانون المدني**، مرجع سابق، ص ١٢٠٩.

(٣) فوده، **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، مرجع سابق، ص ٣٤١-٣٤٢.

(٤) محكمة مصر الابتدائية، الدائرة التجارية ١٩٤٠/٤/٢١، محكمة بني سويف الكلية ١٩٣٨/١٢/٢٥ أشار إليه عبد السلام، **سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان**، مرجع سابق، ص ٢٨.

الفقرة الثالثة: الاعتداد بالإرادة الضمنية اللاحقة الناسخة لإرادة صريحة سابقة

من مظاهر الحماية القضائية للطرف الضعيف تجاه الشروط الواضحة والمحددة ذات المضمون الجائر والتي تحتمي في الالتزام بها بتوافقها مع القانون ومبادئ النظام العام ما أخذ به القضاء الفرنسي من إن الإرادة الضمنية يمكن أن تعدل الإرادة الصريحة المتمثلة في الشروط الواضحة والمحددة وقد طبق هذا المبدأ على القضية المتعلقة بطبيعة الأقساط المستحقة في وثائق التأمين إذ إن شركة التأمين بتحصيلها للأقساط بمعرفة مندوبها من موطن المدين واستقرار هذا العمل رغم صراحة النص بإلزام المؤمن له بالوفاء بالقسط في مقر الشركة يعد تنازلا من جانبها عن الاستفادة بهذا الشرط[1]. لقد احتجت الشركات على هذا التفسير من جانب القضاء معلنة إن النية لم تتجه إلى هذا التنازل وإنما لغرض تسهيل تحصيل الأقساط وتنظيم حسابات الشركة والعمل على راحة المستأمن فلا يفسر ذلك الصنيع ضده إذا كانت النية قد اتجهت إلى اعتبار الأقساط مطلوبة لإشارة الوثيقة إلى ذلك صراحة[2] وكان موقف القضاء المصري القديم متشبها لموقف القضاء الفرنسي إذ اعتبر إن شركة التأمين طالما اعتادت أن تبعث بمندوبها إلى موطن المستأمن لتحصيل الأقساط واعتاد الآخر أن ينتظر المندوب ليتسلم القسط فإنه لايحق للشركة فسخ العقد بحجة عدم الوفاء بالقسط إذ كان يتعين على المندوب أن يتوجه إلى محل المستأمن لتحصيله ذلك إن الشركة باعتيادها هذا تعد متنازلة من الاستفادة بهذا الشرط[3].

الفقرة الرابعة: تضمين العقد التزامات قانونية في صالح الطرف المذعن

استقر القضاء الفرنسي انطلاقا من مبادئ العدالة على تضمين عقود الإذعان التي تقتضي طبيعتها المساس بحياة الأفراد التزامات تؤدي إلى مد نطاق مسؤولية الموجب كالالتزام بالسلامة خاصة في عقد نقل الأشخاص[4] بموجب هذا الشرط يلتزم الناقل بتحقيق نتيجة معينة هي وصول المسافر إلى محطة الوصول سالما معافى ويفرض القضاء أحكام هذا

---

(١) فوده، **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، مرجع سابق، ٣٤٥.

(٢) فوده، المرجع ذاته، ص٣٤٦، الصدة (١٩٤٦)، **عقود الإذعان في القانون المصري**، مرجع سابق، ص٣١٧.

(٣) فوده، المرجع ذاته، ص ٣٦٨، الصدة (١٩٤٦)، المرجع ذاته ص ٣١٨-٣١٩.

(٤) فودة، المرجع ذاته، ص ٣٤٨، الصدة (١٩٤٦)، المرجع ذاته، ص ٣٢٠.

الشرط نتيجة التفسير التكميلي ولو لم ينص عليه في العقد استخلاصا من أحكـام العدالـة[1]، وحتى يكون هذا الشرط محققا للغرض منه (بحماية الطرف الضعيف) فقـد طبـق القـضاء الفرنسي المادة (١٧٨٤ مدني فرنسي) الخاصة بنقل البضائع والتي تتـضمن إلـزام الناقـل بالمحافظة على البضائع المعهود إليه بنقلها وضمان سلامتها على نقل الأشخاص من باب أولى إذ أن الأمر يتعلق بحياة الأفراد فلم يلزم المسافر بإثبات خطأ الناقل لتنعقد مسؤوليته بل يكفيه إثبات إصابته أثناء تنفيذ عقد النقل حتى يفترض رجوعها إلى خطا الناقل ولكنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، إذ للناقل إثبات هذه الإصابة ترجع إلى سبب أجنبي عنه كخطـأ المجنـي عليه ذاته أو القوة القاهرة في حالة عدم وجود هذا الشرط يتعين الرجوع إلى القواعد العامـة في المسؤولية بإثبات الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما أما وقد وجـد شـرط الالتـزام بالسلامة فإن هذا يلقى على عاتق الناقل التزاما بضمان سلامة المسافر وإذا لم تتحقـق هـذه السلامة يفترض إن ذلك يرجع إلى إخلال الناقل بالتزامه والقول بخلاف ذلك يعنـي تجريـد الشرط من فعاليته[2] وما قيل بشأن نقل الأشخاص يسري على عقد العمل فقـد درج القـضاء الفرنسي على تضمين عقد العمل التزامه بالسلامة محله تحقيق نتيجة معينـة هـي ضـمان السلامة العامة، الذي يكفيه أن يثبت أصابته لتقوم مسؤولية صاحب العمل وعندئـذ لا ينفيهـا السبب الأجنبي[3].

الفقرة الخامسة: مراعاة حسن النية في تفسير عقود الإذعان

إذا كان حسن النية مطلوبا في تفسير العقود بصفة عامة ألا أنه ذو دور هام في عقـود الإذعان بصفة خاصة وخاصة عقود التأمين التي تكثر فيها الـشروط التـي تفـرض علـى المستأمن التزامات معينة وترتب جزاءات على مخالفتها وغالبا تؤدي إلى إسـقاط حقـه فـي التعويض رغم حسن نيته أن ينفذ الشرط بالدقة الوارد بها في العقد بالإضافة إلـى أنـه ممـا يتنافى مع حسن النية التمسك بحرفية الشروط التي انتهت من تنفيذها[4] ومن الأحكام القضائية في فرنسا التي تفسر عقود الإذعان تفسيراً واسعاً راعت فيه مقتضيات مبدأ حسن النيـة مـا

---

(١) فودة، **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، مرجع سابق، ص ٣٣٢.

(٢) المرجع ذاته، ص٣٣١.

(٣) الصدة (١٩٤٦)، **عقود الإذعان في القانون المصري**، مرجع سابق، ص٣٢٢، **فوده**، **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، مرجع سابق، ص ٣٤٩.

(٤) الشيخلي، **عقد الإذعان**، مرجع سابق، ص ١٠٧.

قضت به محكمة استئناف باريس من تغير المستأمن اسمه في الوثيقة لا يؤدي إلى إسقاط حقه في التعويض إذ لا يؤثر ذلك على أبعاد الخطر المؤمن منه خاصة وقد أعطى المستأمن بيانات أخرى كافية تحدد شخصيته كعنوانه ومهنته(١). وطبق القضاء المصري هذا المبدأ في عقــود الإذعان مثل عقد العمل إذ حمى العامل من تعسف رب العمل بان ألزم رب العمل تعــويض العامل عن فصله دون مراعاة مهلة الإخطار لضرورتها بالنسبة للعامل ليتمكن من البحث عن عمل آخر(٢). نخلص مما تقدم إن نظرية تفسير عقد الإذعان في فرنسا لم تأخذ أبعاد واضـــحة بعد لوجود اتجاهين رئيسيين مازالا يتنازعان حول تفسير عقد الإذعان الأول يطبق النظريـــة التقليدية متبعا طريقة التفسير الضيق والآخر يذهب إلى ضرورة الأخذ بطريقة التفسير الواسع، ولم يقف القضاء الفرنسي متفرجا أمام هذه المشكلة حيث اقترح العديد من الحلول لحل مشكلة تفسير عقود الإذعان منها حلول تشريعية وأخرى قضائية كان هدفه الرئيسي من هذه الحلــول حماية الطرف المذعن(٣)، وان القضاء الفرنسي قد نجح في عدد غير قليل من أحكامـــه إلـــى حماية الطرف المذعن بتقرير حلول قضائية في نواحي عدة كلما أتيحت له الفرصـــة، ألا أن ذلك لم يمنعه من أن يراعي حسن سير المنشاة وتمكينها من تحقيق هدفها الاقتصادي في خدمة الجمهور بتامين مصالح المؤسسة وحمايتها وكان المرتع الخصب لهذا النوع من التفسير والذي يسميه (بورليو) بالتفسير الوظيفي وهي العقود التي تبرمها البنوك لطبيعتها الاقتصادية الهامة ألا أنه لم يقصرها على هذا النوع بل نادى بها في غيرها من عقــود الإذعــان كلمــا كــان التعارض بين مصلحة الفرد ومصلحة المؤسسة قائماً على نحو يهدد مصلحة الجماعة(٤).

ويعتبر مفهوم حسن النية من المفاهيم التي التي يصعب تحديدها نظرا لعموميته ومرونته وتعلقه بوضع المتعاقد الشخصي، ونية عدم الإضرار بالغير تارة، وعدم تجاوز المتعاقد فـــي سلوكه، سلوك المتعاقد الصالح في تعامله مع الآخرين تارة أخرى(٥)، وقد عرف مبدأ حـــسن النية على أنه (التعامل على أنه التعامل بصد واستقامة وشرف مع الغير بصورة تبقى ممارسة

---

(١) استئناف باريس في ١٤ فبراير ١٩٢٨، أشار إليه الصدة (١٩٤٦)، **عقود الإذعان في القانون المدني المصري**، مرجع سابق، ص٢٤٥ – ٢٤٨.

(٢) محكمة الإسكندرية الوطنية، ٣٠ يناير ١٩٣٧، **مجلة المحاماة**، السنة ١٨، العدد ٧٩، ص ١٦٣، أشار إليه عبد السلام، سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان، مرجع سابق، ص٣٢.

(٣) فوده، **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، مرجع سابق، ص ٣٠٨.

(٤) الشيخلي، **عقد الإذعان**، مرجع سابق، ص ١٠٨.

(٥) فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، مرجع سابق، ص١٣٥.

الحق ضمن الغاية المفيدة والعادلة اللتين أنشئ من أجلهما وألتزم بهما كل من طرفي العقد بحيث لاتؤدي هذه الممارسة إلى الأضرار بالغير دون مسوغ مشروع، بل توصل كل حق إلى ذي حقه بأمانة) [١].

إذا يظهر حسن النية كمبدأ عام شامل لجميع مراحل التعاقد وذلك أن كل التزام يقتضي أن يبرم وينفذ بحسن نية أي بتجنيب المتعاقد الإضرار بمصلحة المتعاقد الآخر سواء عن طريق إيقاعه بالغلط أو استغلاله أو إكراهه على التعاقد.

غير إن مبدأ حسن النية يرتبط بموجب الإعلام ارتباطا وثيقا، فالالتزام بالإعلام يقع على طرفي عقد الإذعان، وان كان له أهمية خاصة بالنسبة للطرف المذعن كونه قليل الخبرة والمعرفة بمحتويات العقد، لذلك هناك ميل قوي إلى إلقاء عبئ الأعلام على عاتق المهنيين بالنسبة لمحتوى العقد، وبالتالي فإنه عند تخلف الموجب بالأعلام المفروض على عاتقه لايمكن القول بوجود رضى واضح صادر من الطرف المذعن ويكون العقد قابلا للإبطال من قبل الطرف الذي كان رضاه معيباً أو المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه[٢].

المبحث الثاني: تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان

إن التفاوت الاقتصادي في مركز المتعاقدين وانفراد الجانب القوي منهما بوضع شروط العقد أمر ليس في الوسع تجاهله ومن العدالة أن ينص القانون على الوسائل التي تكفل حماية الطرف الضعيف لكي لا يكون ضحية جور الطرف القوي وتعسفه، وتبدو الحاجة إلى هذه الحماية واضحة في ظل المشروعات الاحتكارية حيث تتمتع باحتكار قانوني أو فعلي أو على الأقل لا تتعرض إلا لمنافسة محدودة النطاق وليس في وسع القضاء أن يحقق هذه الحماية على وجه فعال بغير سند تشريعي، فالعقد شريعة المتعاقد ولا مناص من اخذ الطرف المذعن بكل شروط العقد مهما بدت جائرة و متعسفة ما دامت لا تتضمن مخالفة للنظام العام والآداب، لذلك سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية.

المطلب الثاني: عدم سريان الشرط التعسفي على الطرف المذعن.

---

(١) فقيه، **الرقابة القضائية على عقود الإذعان**، مرجع سابق، ص١٣٥.

(٢) المرجع ذاته، ص١٣٧.

المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية

منح القانون المحكمة سلطة تعديل أو إنهاء الشروط التعسفية في عقد الإذعان حيث نص المشرع الأردني في المادة (٢٠٤) من القانون المدني الأردني[١] على (إذا تم العقـد بطريـق الإذعان وكان قد تضمن شروط تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطـرف المذعن منها وفق لما تقضي به العدالة و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلـك) [٢] وتـنص المادة/ ٢٤٠ من نفس القانون على (١. يفسر الشك في مصلحة المدين ٢. ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المـذعن) [٣] ألا إن هذه السلطة التي تتمتع بها المحكمة غير مطلقة لأن دور القاضي في الأصل يتجـه إلـى تطبيق إرادة المتعاقدين لكن المشرع وتحت تأثير التطور الذي أصاب مبدأ سلطان الإرادة منح القاضي سلطة تقديرية تقيد مبدأ سلطان الإرادة وذلك تماشي مع الفكـر القـانوني الحـديث الساعي لجعل القانون اجتماعيا يهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العقد. وقبل التعـرض إلى سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية سنتناول ماهية تقييد مبدأ سلطان الإرادة ومن ثم السلطة التقديرية للقاضي ومن ثم المعيار الذي يسترشد به القاضي في إعمال سلطته التقديرية.

الفرع الأول: تقييد مبدأ سلطان الإرادة

يعني سلطان الإرادة إن للإرادة سلطة في إنشاء الالتزام وإبرام العقد وهـي الـشريعة والمنهج لإلزام إطرافه فهو مبدأ قانوني تقوم على أساسه الالتزامات الإرادية، فالإرادة التـي قوامها الرضا تكفي لإنشاء الالتزام[٤].

إن مبدأ سلطان الإرادة ليس إلا انعكاسا لسياسة الحرية الاقتصادية في نطـاق القـانون الخاص وهذه السياسة التي تأكدت خلال القرن الثامن عشر التي كانت قد تضمنتها تـشريعات الثروة الفرنسية و التي تقوم على أساس (دعه يعمل دعه يمر) [٥] فسياسة الحرية الاقتـصادية

---

(١) تقابلها المادة (١٤٩) مدني مصري، والمادة (٢/١٦٧) مدني عراقي والمادة (١٥٠) مدني سوري.

(٢) القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنه ١٩٧٦.

(٣) المرجع ذاته.

(٤) التميمي، **دور المحكمة في تحقيق التوازن العقدي في القانون المدني الأردني**، مرجع سابق، ص١١.

(٥) سلطح، حمدي محمد إسماعيل (٢٠٠٦)، **القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية**، دراسة مقارنه بالفقه الإسلامي، الإسكندرية: دار الفكر الجامعية، ص١٨١.

تسمح للأشخاص بعقد الصفقات التجارية و الخدمات لرغبتهم ومن ثم يكون تعاقد الأشخاص بإرادتهم دون ضغوط، ولكن غياب التوازن في العلاقات التعاقدية والذي ظهر جليا في عقود الإذعان بسبب انفراد الطرف القوي (الموجب) بإملاء شروطه على الطرف المذعن وليس هناك خيار أمام هذا إلا قبول تلك الشروط التي لا يستطيع الاستغناء عنها لتسيير أمور حياته اليومية. وطبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين لايجوز للقاضي أن يتدخل في العقد بالتعديل أو الإنهاء لأن هذا حق مخول لأصحاب العملية التعاقدية ونزولا عند اعتبارات العدالة، ومع ذلك فقد رأى المشرع أن يعطي للقاضي الحق في أن يتدخل في العقد لإنهائه أو تعديل بنوده وذلك كاستثناء على القاعدة العامة[١] وهذا يتضح في عقود الإذعان، فالمشرع أعطى للقاضي سلطة تعديل العقد بأن يتدخل لحماية الطرف الضعيف فإذا كشف القاضي بحسب تقديره شرطاً تعسفيا في عقد الإذعان فله أن يعدله بما يزيل أثر التعسف بل له إن يلغيه إذا أستوجب ذلك، ومن هنا يتضح لنا مدى تأثير التقدير الذي يقوم به القاضي على مبدأ سلطان الإرادة في عقود الإذعان[٢] فحرية الإفراد في إنشاء العقد وتحديد آثاره هي القاعدة في معظم التشريعات الحديثة ولكن ترد على هذه القاعدة عدة قيود زادت في الوقت الحاضر ولعل أهم المجالات التي تدخل بها المشرع هي عقود الإذعان التي تعتبر ثمرة للتطور الحديث و تعبيرا عما تتطلبه الظروف الاقتصادية الحديثة من سرعه في التنقل[٣].

الفرع الثاني: السلطة التقديرية للقاضي المدني:

يتجه دور القاضي على تطبيق ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين ألا أن المشرع وتحت تأثير التطور الذي أصاب مبدأ سلطان الإرادة قام بإدخال عدة استثناءات كان من أهمها إطلاق سلطة القاضي التقديرية في مواجه الشروط التعسفية في عقود الإذعان[٤]، وتعرف السلطة التقديرية للقاضي بأنها (الحرية المتروكة للقاضي بمقتضى القانون صراحة أو ضمنا من أجل

---

(١) رمضان، **القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها**، مرجع سابق، ص٦٤٣.

(٢) عمر، نبيل إسماعيل (٢٠٠٨)، **سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية**، دراسة تحليلية وتطبيقية، كلية الحقوق، جامعه الإسكندرية، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ص٢٤٥.

(٣) التميمي، **دور المحكمة في تحقيق التوازن العقدي في القانون المدني الأردني**، مرجع سابق، ص٢٢.

(٤) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، **الاتجاهات العامة في القانون**، تقوم على (إطلاق سلطة القاضي في البحث و التقدير وليتمكن من مواجه الظروف والمتغيرات التي تعترض في كثير من القضايا حتى لا يتصف لقانون بالجمود والوقوف عند حد معين من القواعد التي قد تتهاون عند مواجهة التطورات)، ج١، ص٢٦.

اختيار الحل الأنسب و الأقرب إلى الصواب من بين حلول أخرى ويكون مجالها في النص القانوني كلما استعمل لفظ (يمكن، يحق، يتعين، للقاضي إن،...). وعرفت أيضا بأنها (النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في فهم الواقع المطروح عليه و استنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة يقدر أنها هي التي تحكم النزاع المطروح علية هذا النشاط وعلاقته بالواقع و القانون) [١]، والسلطة التقديرية تكليف ومسؤولية من خلالها يلتزم القاضي بتحقيق إرادة المشرع عن طريق تطبيق النص القانوني على الوقائع المعروضة علية لأن القاضي مطالب في نهاية الأمر بتطبيق و احترام القانون، و تعني أن القاضي يضمن في الحكم فهمه و تأويله للنص القانوني واقتناعه إن إرادة المشرع بالفعل هي ما توصل إليه هو.

ويذهب جانب من الفقه بأن القاضي يمارس عمله القضائي و يستمد ولايته من المشرع الذي يحدد نطاق هذه الولاية وفق نصوص تشريعية قاطعه الدلالة في المعنى المراد منها، ومن ثم يعد الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي أثناء ممارسته ولاية القضاء من قبيل اللغو الذي لا أساس له فالقاضي لا يملك سلطة التقدير في ما يريد، وما يمكن تسميته بالسلطة التقديرية هو لخدمة السلطة القضائية لا غير، وعلى ذلك يمكن القول بان سلطة القاضي أثناء مباشرته لولاية القضاء ليست سلطة تقديرية و إنما هي سلطة مقيدة بغايات العمل القضائي أي كان فرع القانون الذي يباشر من خلاله نشاطه القضائي، فالنشاط القضائي له مصدر واحد هو المشرع الذي يحدد نطاق سلطة القاضي على سبيل القطع[٢] ويخلص أصحاب هذا الاتجاه الذين لا يقرون بوجود سلط تقديرية للقاضي إن منح هذه السلطة يؤدي إلى ظهور أحكام مختلفة ومتباينة وهذا يؤثر على سير العمل القضائي ويفسح المجال لتحكم القضاة في إصدار الأحكام ويؤثر بالنهاية على ميزان العدل.

ويذهب غالبية الفقهاء إلى أن السلطة التقديرية للقاضي تنجم من حالة قانونية معينة بحيث إن مصدرها هو القانون بمعنى أنه ينبغي أن نتصور دائما إن قوة السلطة لتقديرية مرتبطة مع التنظيم القانوني دون الفصل بينهما وهي لا يمكن أن تظهر إلا في نظام الدولة القانوني فحيث لا تكون الدولة قانونية فلا مجال للحديث عن السلطة التقديرية لأننا سنكون في هذه الحالة في إطار سلطة تحكمية لا تقديرية[٣]، فالمقصود باللفظ التقدير (إن السلطة التقديرية

---

(١) الحيصة، **سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد**، مرجع سابق، ص٣٧.

(٢) المرجع ذاته، ص ٣٦.

(٣) عمر، **سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية**، مرجع سابق، ص ١٤٢.

توجد جنباً إلى جنب مع السلطة القضائية التي يملكها القاضي ويتعين على القاضي التقدير قبل القضاء)[١] ولقد أقرت الشرائع الحديثة للقاضي بهذه السلطة لتأمين العدالة وعدت له الوسائل اللازمة لتحقيق الغاية التي من اجلها منح هذا السلطان العريض[٢] والفقه اعترف بوجود سلطة تقديرية للقاضي عند مباشرته وظيفته و عملة في القضاء، وفي مجال القانون المدني اعترف المشرع بقدر من النشاط التقديري له[٣].

ويتضح مما تقدم إن السلطة التقديرية مصدرها القانون بشكل دائم وهي ليست ممنوحة للقاضي كي يباشرها على هواه و لكنها تمنح له لكي يباشر الوظيفة المسندة إليه وفق ضوابط قانونية معينة وذلك لتأمين العدالة من خلال اختياره الحل الأنسب والأصوب والذي يتوافق بشكل دائم مع القانون.

الفرع الثالث: المعيار الذي يسترشد به القاضي في أعمال سلطته التقديرية

نصت المادة (٢٠٤) من القانون المدني الأردني، والمادة (١٤٩) من القانون المدني المصري على (العدالة) كمعيار يتم على أساسه تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها، ولم يرسم له أنماط معينة ليتم على أساسها التعديل أو الإعفاء بل ترك للقاضي سلطة تقدير ذلك[٤]، فالقانون أعطى للقاضي سلطة التعديل ولكن لم يحدد له الوسائل التي يتبعها في هذا الشأن واكتفى بقوله (وذلك وفق لما تقتضي به العدالة) ويرى جانب من الفقه إن هذا المعيار مطلق و غامض ورغم ذلك لا مانع من القول أنه مبدأ أخلاقي يهدف إلى تحقيق المساواة بين الأفراد وعلى نحو يقيم التوازن في ما بينهم و البعد عن التعسف وهذا إحساس طبيعي يحرك القاضي في تعديله أو إلغائه للشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان[٥]، أما المقصود بالعدالة فعلى الرغم من ما يحيط هذا المبدأ من غموض و إبهام بسبب اختلاف الإحساس به من شخص لآخر وتغيره باختلاف الزمان والمكان فإنه يبقى في حقيقته معبراً عن مجموعة من الأسس الثابتة التي تنشي القانون، والنظام المثالي الذي يتعين الوصول إليه،

---

(١) عمر، **سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية**، مرجع سابق، ص٨.

(٢) الترمانيني، عبد السلام (١٩٦١) سلطة القاضي في تعديل العقود في القانون المدني السوري، **مجلة المحاماة**، العدد السادس، دمشق:جامعة دمشق، ص١٢٠.

(٣) عمر، **سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية**، مرجع سابق، ص ٨٤.

(٤) فودة، **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، مرجع سابق، ص٣٦٣.

(٥) عبد السلام، **سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان**، مرجع سابق، ص١٧.

والعدالة يجب أن تسيطر على العقد في كل مراحله سواء في المفاوضات السابقة علية أو عند إبرامه أو تنفيذه فتخفف بذلك من جمود القانون أو تتلافى ما به من ثغرات[1]، حيث إن دور القاضي ليس الوقوف على ما يريده الطرفان ولكن استعراض مجموعه المصالح القائمة في الدعوى التي تكشف عن ظروف الواقع وكذلك ما تتجه إلية الإرادة الحقيقة للوقوف على حقيقة النزاع وإعطاء الحلول المثلى والأكثر عدالة و التي تتفق مع القانون والمنفعة المشتركة ومن أجل ذلك يجب أن يكون لدى القاضي إحساس نقي بالصواب و ينطلق في بحثه من اعتبارات موضوعية و ليست شخصية، وقد عبر الفقيه جونو عن ذلك بقوله (عند تغييب الإرادة الشخصية أو يكون مشكوك في أمرها يبحث القاضي عن العدل الموضوعي فهو ليس جهاز ليسجل الكلمات ولكنه مثل المشرع في هذا الصدد يضع الوسيلة الفعالة لتطبيق القانون)[2]، ويقوم القاضي بإعمال سلطته التقديرية لبيان مقدار التعسف في الشرط و بيان مقتضيات العدالة فإذا كشف بحسب تقديره شرط تعسفيا في العقد فله أن يعدله بما يزيل أثر هذا التعسف أو إلغاء الشرط التعسفي وفقا لما تقضي به العدالة وبما يحقق التوازن الاقتصادي للعقد، ومعيار العدالة يصلح كأساس يستدل به القاضي ويرجع إليه في تعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منه، لذلك جاء في نص المادة (٢٠٤) مدني أردني والمادة (١٦٧) مدني عراقي والمادة (١٤٩) مدني مصري ب (يقع باطلا كل أتفاق على خلاف ذلك) وعند التمعن في النص يتبين بان الحماية التشريعية آمرة، أي لايجوز للمتعاقدين الاتفاق على استبعادها، وكل ما من شأنه تعطيلها يكون باطلا ومخالفاً للنظام العام، وان القول بخلاف ذلك يعني أنها حماية صورية وغير حقيقية.

المطلب الثاني: عدم سريان الشرط التعسفي على الطرف المذعن

سبق وأن بيّنا بأن عقد الإذعان يتميز بتفوق أحد المتعاقدين اقتصاديا مما يمكنه من فرض شروطه على المتعاقد الآخر الذي ليس له إلا الإذعان لتلك الشروط وإلا حرم من الخدمة أو السلعة التي يحتكرها الموجب احتكاراً قانونياً أو فعلياً، فعندما يكون الشرط التعسفي المفروض على الطرف المذعن واضحا دقيقا وليس هناك أي مجال لمد يد العون إلى المذعن

---

(١) سباتين، **الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان**، مرجع سابق، ص١٣٩.

(٢) عبد السلام، **سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان**، مرجع سابق، ص١٨.

عن طريق تفسيره لمصلحته فليس أمام القاضي إلا القيام بتعديل ذلك الشرط التعسفي أو إعفاء الطرف المذعن، وهذا ما سنبحثه في هذا المطلب.

الفرع الأول: تعديل الشرط التعسفي

نصت المادة (٢٠٤) من القانون المدني الأردني والفقرة الثانية من المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي[١] على (إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك)، ويتضح من النص أن للقاضي أن يعدل الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الإذعان وفقا لما تقضي به العدالة وذلك لقطع السبيل على الطرف المتفوق اقتصادياً ومنعه من أن يشترط مقدماً، منع القاضي من تعديل الشروط التعسفية لغرض تعطيل الحماية التشريعية التي أسبغها المشرع على الطرف المذعن في عقد الإذعان[٢].

ويلاحظ إن القاضي هنا لاينفذ شروط العقد بل يتجاوز ذلك في سبيل إعادة التوازن الاقتصادي المختل بسبب الإذعان إلى تعديل تلك الشروط وله مبرراته في هذا الإجراء، لذلك فإن مبررات تدخل القاضي لتعديل الشروط التعسفية تتمثل بالآتي:

الفقرة الأولى: انعدام المصلحة في الالتزام المفروض على المذعن

قد يلجأ الطرف المتفوق اقتصاديا في عقد الإذعان إلى فرض بعض الالتزامات على الطرف الضعيف الذي ليس أمامه إلا الإذعان وقبول تلك الالتزامات ويبدو ذلك واضحا في عقد التأمين[٣] عندما يغفل المؤمن له ذكر ظرف لايغير علم المؤمن به الفكرة التي يكونها عن الخطر، فالفقرة ب من المادة (٩٨٦) من القانون المدني العراقي تلزم المؤمن له أن يقرر وقت إبرام العقد كل الظروف المعلومة له والتي يهم المؤمن معرفتها ليتمكن من تقدير المخاطر التي يأخذها على عاتقه ويعتبر مهما في هذا الشأن الوقائع التي جعلها المؤمن محل أسئلة مكتوبة، أما في حالة كون العقد يتضمن شرطا غير دقيق فالمسألة تكون ما إذا كانت الواقعة التي لم

---

(١) تقابلها المادة (١٤٩) مدني مصري، والمادة (١٥٠) مدني سوري، والمادة (١٤٩) مدني ليبي، والمادة (١١٢) مدني جزائري، ولا يوجد في قانون الموجبات والعقود اللبناني نص مماثل.

(٢) عبد المجيد، عصمت (١٩٧٨)، **اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته**، أطروحة دكتوراه غير منشورة، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، بغداد، العراق، ص١٩٧-١٩٨.

(٣) السنهوري (١٩٥٢)، **الوسيط في شرح القانون المدني**، مرجع سابق، ص١١٤١.

يذكر تعطي أو لا تعطي المؤمن فكرة عن الخطر، وهذه تخضع لسلطة قاضي الموضوع، وإذا ما تمسك المؤمن بالسقوط لعدم إعلان ظرف يراه مهما فيكفي أن ينفي قاضي الموضوع أن يكون لهذا الظرف أثره على فكرة الخطر حتى يمنع السقوط[١] ذلك إن البيانات التي يقدمها المؤمن له يجب إن يكون من شأنها أن تمكن المؤمن من تقدير الخطر المؤمن منه فإذا لم يكن من شأنه أن يغير محل الخطر ولا أن ينتقص من تقدير المؤمن لجسامة الخطر، فإن المؤمن له لايكون ملتزما بتقديمه ولو طلبه المؤمن[٢]، ومن جهة أخرى فقد أجازت الفقرة (أ) من المادة (٩٨٧) من القانون المدني العراقي للمؤمن أن يطلب فسخ العقد إذا تعمد المؤمن له كتمان الأمر أو قدم عن عمد بيانا كاذبا وكان من وراء ذلك أن يتغير موضوع الخطر وتقل أهميته في نظر المؤمن وتصبح الأقساط التي تم دفعها حقا خاصة للمؤمن، أما الأقساط التي حلت ولم تدفع فيكون له الحق المطالبة بها[٣]، ويفقد الالتزام المفروض فائدته، إذا كان المؤمن يعلم بالوقائع التي لم تذكر في وثيقة التأمين، فإذا كتم المؤمن له هذه الوقائع فإن ذلك لا يغير فكرة شركة التأمين عن الخطر ونظريا لا يتمسك بهذا اتجاه السقوط، فالمؤمن له قد خالف التزامه لذلك يجب أن يلقى جزائه ولا أهمية لكون المخالفة قد أضرت بالمؤمن أو لم تضر مع ذلك فالقضاء يسمح للمؤمن له إن خصمه كان يعلم بحقيقة الأمر مادام هذا غير محرم بشرط صريح[٤]، ونشير في هذا الصدد إلى إن قانون التأمين الإلزامي العراقي من المسؤولية المدنية رقم (٢٠٥) لسنة (١٩٦٤) وتعديلاته قد أخذ بطريقة الأسئلة المكتوبة فقد تضمنت الوثيقة النموذجية المرفقة بالقانون أسئلة محددة لا يجوز الاتفاق على تحويرها أو تعديلها أو الإضافة عليها، لذلك فإن الإخفاء ليحصل في الوثائق النموذجية ذات الأسئلة المحددة ويصبح السقوط في هذه الحالة خاليا من الأساس القانوني وليس له ما يبرره[٥].

---

(١) الصدة (١٩٤٦)، **عقود الإذعان في القانون المصري**، مرجع سابق، ص ٢٩٨.

(٢) السنهوري (١٩٥٢)، **الوسيط في شرح القانون المدني**، مرجع سابق، ص ١٢٤٩.

(٣) الشيخلي، **عقد الإذعان**، مرجع سابق، ص ١١٧.

(٤) الصدة (١٩٤٦)، **عقود الإذعان في القانون المصري**، مرجع سابق، ص٣٠٠.

(٥) الربيعي، كاظم حسن (١٩٧٦)، تأثيرات التأمين الإلزامي في المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات، شار إليه الشيخلي، **عقد الإذعان**، مرجع سابق، ص ١١٨.

الفقرة الثانية: حسن نية الطرف المذعن

يلعب حسن نية الطرف المذعن دورا مهما في عدم سريان الشرط التعسفي عليه فيما إذا لم خالف هذا الشرط، ويكون المذعن في عقد التأمين (مثلاً) حسن النية إذا لم يكن متعمدا الإخفاء أو الكذب في البيانات وإنما حصل نتيجة الإهمال أو حسن نية اعتقادا منه بأن ما يكتمه ليس ذات أهمية أو يقرر طبقا للحقيقة[١]. ولا يلتزم طالب التأمين بالتصريح بجميع الظروف المتعلقة بالخطر المؤمن منه وإنما يلتزم فقط بالتصريح بالأمور والظروف التي تؤثر على تقدير المؤمن للخطر وهو ما اصطلح على تسميته (الوقائع الجوهرية) التي يعلم بها فعلا أو التي من المفروض فيه أن يكون عالما بها وإذا كتم المؤمن له أمراً أو قدم بيانا كاذبا مما سبب تغيير موضوع الخطر أو قلل من درجة أهميته في نظر المؤمن وكان ذلك في حسن نية فإن للمؤمن أن يطلب فسخ العقد و رد الأقساط المدفوعة أو رد القدر الذي لم يتحمل في مقابله خطر ما وهذا الجزاء أخف من الجزاء الذي يفرض على المؤمن له في حالة تعمد الكتمان أو تعمد إعطاء بيان كاذب حيث يكون الجزاء في هذه الحالة إن للمؤمن أن يطلب فسخ العقد وتصبح الأقساط التي دفعها المؤمن له حق خالصا للمؤمن، أما الأقساط التي حلت ولم تدفع فيكون له حق المطالبة بها،و في المادة (٩٨٧) مدني عراقي فإن المشرع العراقي راعا المؤمن له حسن النية في الجزاء ذلك أنه لم يحاول إن يخدع المؤمن أو يضر به[٢]، وقد فرقت المادة/ ٢٢ من القانون الفرنسي والمادة/ ٢٧ من مشروع الحكومة المصرية للقانون المدني بين حالة انكشاف الحقيقة قبل وقوع الحادث وحالة انكشافها بعد وقوع الحادث ففي الحالة الأولى للشركة إما إبطال العقد أو الإبقاء علية مع زيادة في القسط تتسم بموافقة المؤمن له، أما الحالة الثانية فإن الشركة لا تستطيع إبطال العقد لأن الخطر تحقق والعقد لا يزال قائما، الأمر الذي يلزم الشركة بتعويض واجب الأداء[٣]، ويكون الجزاء العادل في هذه الحالة هو إنقاص التعويض بنسبة نقص القسط الذي كان يجب دفعه ولو كان الإدلاء بالبيانات قد صدر صحيحاً.

وقد أخذ القضاء المصري بحسن نية المؤمن له لترك النصوص الشديدة، فقد قضى (إن شرط سقوط فائدة التأمين على الحياة لإعطاء بيانات كاذبة عمدا أو للإخفاء العمدي لظروف هامة لا يطبق إلا إذا كان المؤمن له قد أراد بتقريرات عمديه كاذبة أن يخدع الشركة بالنسبة

---

(١) الصدة (١٩٤٦)، **عقود الإذعان في القانون المصري**، مرجع سابق، ص٢٩٤.

(٢) عبد المجيد، **اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته**، مرجع سابق، ص٢٠٩.

(٣) مرسي، محمد كامل(١٩٥٢)، **العقود المسماة، عقد التأمين**، ج٣، القاهرة: (بدون دار نشر)، ص١٢٤.

لحالة صحته الحقيقية وقت إبرامه التأمين، وليس ما إذا كان وقت التعاقد قد قام بحسن نية بإعطائه البيانات التي تطعن فيها الشركة) [١] كما قضى (أنه لا يبطل التأمين بسبب المبالغة في قيمة البضائع المؤمن عليها و التي يكون تدليسا من جانب المؤمن له إذا اثبت أنه كان يعتقد رغم عدم صحة ذلك في الواقع أن للبضاعة قيمة اكبر من قيمتها الحقيقة) [٢].

الفرع الثاني: إعفاء الطرف المذعن من الشرط التعسفي

قد يتجه القاضي إلى إعفاء الطرف المذعن من الشرط التعسفي بغية إعادة التوازن الاقتصادي المختل وعلى هذا نصت المادة (٢٠٤) مدني أردني والفقرة الثانية من المادة (١٦٧) مدني عراقي على (إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروط تعسفية جاز للمحكمة إن.... تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق بخلاف ذلك)[٣] وإعفاء الطرف المذعن من الشرط التعسفي يكون له مبررات، أما لعدم علم هذا الطرف بذلك الشرط أو لعدم تمكنه من العلم به أو لعدم تمكنه من مراعاته بسبب القوة القاهرة وسنبين ذلك كما يلي:

الفقرة الأولى: العلم أو إمكان العلم بالشرط التعسفي

لكي تسري شروط عقد الإذعان على الطرف المذعن ينبغي أن تكون معلومة له أو أن تكون هناك إمكانية علمه بها وقت إبرام العقد، أما الشروط التي لم يعلمها أو لم تكن لديه إمكانية العلم بها فإنها لا تسري علية، فتطبيقا لقاعدة العقد شرعة المتعاقدين لا يحق لأحد المتعاقدين أن يعدل من شروط العقد أو أن يوسع من نطاقها فإن فعل ذلك لا يسري التعديل أو التوسيع من نطاق شروط العقد بحق الطرف الآخر، إلا باتفاق جديد بين الطرفين، كما ينبغي أن تكون الشروط واضحة وجلية للمتعاقد المذعن لكي تسري بحقه، أما إذا كانت غامضة أو غير واضحة فإنها تفسر لمصلحته[٤]. وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة/ ٩٨٥ من القانون

---

(١) استئناف مختلط بتاريخ ١٠/٥/ ١٩٠٥، أشار إلية الصدة (١٩٤٦)، **عقود الإذعان في القانون المصري**، مرجع سابق، ص٢٩٧.

(٢) استئناف مختلط بتاريخ /١٩٣٣/٥/٣، أشار إليه الصدة، المرجع ذاته، ص ٢٩٧.

(٣) تقابلها المادة (٢٠٤) مدني أردني و المادة (١٤٩) مدني مصري والمادة (١٥٠) مدني سوري و المادة (١١٢) مدني جزائري والمادة (١٤٩) مدني ليبي.

(٤) الصدة (١٩٤٦)، **عقود الإذعان في القانون المصري**، مرجع سابق، ص ٢٨٥.

المدني العراقي (على أن يقع باطلا كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر و كان متعلق بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط)، يتبين من هذا النص إن المشرع قد أسبغ حماية تشريعية على المؤمن له بشرطين:

١. أن يكون الشرط المطبوع غير بارز بشكل ظاهر في وثيقة التأمين.

٢. أن يكون ذلك الشرط متعلقا بحالة من الحالات التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط.

وقد قضي (إن الشرط الوارد في وثيقة التأمين على عدم ضمان الخسارة أو الأضرار التي تلحق الأشياء المؤمن عليها بسبب احتراق ذاتي إلا بنص صريح في الوثيقة، شرط باطل)[١] وبشأن شرط الإعفاء من المسؤولية في عقد نقل الأشياء قالت محكمة استئناف القاهرة ((إن شرط الإعفاء من المسؤولية و إن كان القانون قد أجازه ألا إن المطلع على العبارة التي يتمسك المستأنف الأصلي بأنها تعفيه من المسؤولية تبين إنها وردت بالصيغة الآتية: (البضاعة الغير مؤمن عليها تسافر على مسؤولية الراسل والمرسل إليه) وإنها وردت سياق عبارات أخرى مطبوعة لا تسترعي انتباه الراسل ولا تفيد قبوله له لاحتمال أن يكون لراسل لم يرى هذا الشرط، فلا يعتبر قابلا له وفق لنظرية الإرادة الباطلة و أنه حتى على فرض أن رآه الراسل ولم يعترض عليه فليس ثمة شك في اعتباره شرط إبهام تعسفي يحق للقاضي أن يبطله))[٢].

كما إن الإعلانات المعلقة في غرف الفنادق التي تبين عدم مسؤولية إدارة الفندق عن سرقه الأمتعة و الأشياء العائدة للمسافرين و التي لا تودع لدى الإدارة فهذه الإعلانات و الشروط تكون معلقة في مكان تنفيذ العقد لذلك يعفى منها المسافر الذي لم يعلم بها إلا بعد إبرام العقد[٣].

---

(١) مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض (١٩٦٧)، القاهرة، القاعدة ٤٩٥، ص٣٠٠، أشار إليه الشيخلي، **عقد الإذعان**، مرجع سابق، ص١٢٢.

(٢) فوده، **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، مرجع سابق، ص٣٧٤.

(٣) الحكيم، عبد المجيد (١٩٦٧)، **الوسيط في نظرية العقد**، ج١، بغداد: شركة الطبع والنشر الأهلية، ص١٥٨.

وفي عقد العمل يلاحظ إن المادة (١٠٩) من قانون العمل العراقي رقم (٧١) لسنة (١٩٨٧) قد نصت على (على العامل أن يتقيد بالأوامر والتعليمات المتعلقة باحتياطات العمل والسلامة المهنية وعله أن يستعمل وسائل الوقاية التي بعهدته و أن يعنى بها).

ولكي تسري هذه الأحكام على العامل و لكي يمكن القول إن العلم الكافي بالتعليمات قد حصل و من الحكم بسريانها بحقه ينبغي أن تكون التعليمات المذكورة مكتوبة و معلنة، و قد نصت المادة (١٠٧) من نفس القانون على ذلك بقولها (على صاحب العمل إحاطة العامل كتابه قبل اشتغاله بمخاطر مهنته و وسائل الوقاية الواجب عليه اتخاذها، ويجب أن تعلق في مكان ظاهر تعليمات يوضح فيها مخاطر المهنة و وسائل الوقاية منها وفق التعليمات التي يصدرها وزير العمل والشؤون الاجتماعية).

لذلك يتوجب على الإدارة أو صاحب العمل إحاطة العامل قبل استخدامه بمخاطر مهنته ووسائل الوقاية الواجب عليه اتخاذها وذلك يقضي بالإضافة إلى كتابة التعليمات وإعلانها إتباع شتى الوسائل من قبل الإدارة أو صاحب العمل لإبلاغ العامل بتعليمات السلامة ومن ضمن الوسائل التوجيهات الشفهية التي تعتبر ضرورية نظرا للحالة الثقافية لغالبية العمال في العراق حيث لا يكفي مع تفشي الأمية بينهم كتابة التعليمات وتعليقها بمكان ظاهر[١].

والقاضي في تقديره لكفاية علم المتعاقد المذعن بالشروط الواردة في عقد الإذعان، ينظر إلى الوسائل التي اتخذها الموجب لإيصالها إلى علم المذعن ليتبين مدة كفاية هذه الوسائل للفت نظر المذعن وتوجيه انتباهه بدرجة تتناسب مع ما عليه تلك الشروط من تعسف وجور[٢].

ونخلص مما تقدم بان الشرط التعسفي إذا كان مدونا في عقد الإذعان بشكل واضح وجلي أو إن الموجب قد نبه المتعاقد المذعن إلى ذلك الشرط فقد يبدو أنه ليس أمام القاضي إلا التسليم بالأمر الواقع والأخذ بشروط عقد الإذعان جميعها دون تركك أي منها، في حين إن للقاضي أن يمارس سلطته التقديرية الممنوحة له بموجب المادة (١٦٧) من القانون المدني

---

(١) ملوكي، أياد عبد الجبار(١٩٧٣)، انتهاء علاقة العمل، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، ص٢١١، أشار إليها الشيخلي، **عقد الإذعان**، مرجع سابق، ص١٢٤.

(٢) الصدة (١٩٤٦)، **عقود الإذعان في القانون المصري**، مرجع سابق، ص٢٨٩.

العراقي، والحكم بتعديل ذلك الشرط بعدم توفير المصلحة في فرضه أو لحسن نية المتعاقد المذعن وإعفاء هذا المتعاقد من الشرط المذكور وذلك وفقا لما تقضي به العدالة(١).

الفقرة الثانية: عدم مراعاة المذعن للشرط التعسفي لسبب أجنبي

قد تقع أثناء تنفيذ العقد أحداث طارئة تجعل التنفيذ مستحيلاً ومثل هذه الحوادث إذا لم يكن المدين قد توقعها ولم يكن له يد في إيجادها من قريب أو بعيد ولم يستطيع دفعها، هي أسباب أجنبية عنه تعفيه من تنفيذ الالتزام، لأنه حسن النية لم يقصر في شيء والسبب الأجنبي قد يكون على صورة قوة قاهرة، أو فعل الدائن نفسه أو فعل الغير، ويعد عدم توقع المدين للحادث الطارئ وعدم استطاعة دفعه أو التقليل من أثارة العنصرين الذين يسبغان على الحادث صفة (السبب الأجنبي) الذي يعفي المدين من التزامه(٢). وقد نصت الفقرة ٢ من المادة (٩٨٥) من القانون المدني العراقي (يقع باطلاً الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو في تقديم المستندات إذا تبين من الظروف إن التأخر كان لعذر مقبول)، وتلزم الفقرة ج من المادة (٩٨٦) من القانون المذكور المؤمن له (أن يخطر المؤمن بما يطرأ أثناء مدة العقد من أحوال من شأنها أن تؤدي إلى زيادة هذه المخاطر).

ويلاحظ إن بطلان شرط السقوط المذكور يرجع بطبيعة الحال إلى ما ينطوي عليه الشرط من تعسف إذا وجد عذر مقبول يبرر تأخر المؤمن له في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو في تقديم المستندات ولكن هذا العذر لا يمكن اعتباره من قبيل القوة القاهرة التي يستحيل معها تنفيذ الالتزام بحيث ينفسخ العقد بقوة القانون وينقضي تبعا لذلك الالتزام الشركة بالتعويض(٣).

---

(١) عبد المجيد، **اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته**، مرجع سابق، ص٢١٨.

(٢) عبد الجبار ناجي الملا حسن (١٩٧٥)، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، أشار إليها الشيخلي، **عقد الإذعان**، مرجع سابق، ص١٢٦.

(٣) الربيعي، كاظم حسن (١٩٧٦)، تأثيرات التأمين الإلزامي في المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، أشار إليه الشيخلي، **عقد الإذعان**، مرجع سابق، ص١٢٦.

الفرع الثالث: تقدير الحماية القضائية للطرف المذعن

إذا كان المشرع قد أناط بالقضاء سلطة رقابة شروط التعاقد في عقد الإذعان وتعديل أو إلغاء مايراه شروطا تعسفية منها، أو تفسير غموض عبارة العقد لصالح الطرف المذعن على النحو الذي يجني هذا المتعاقد من التعسف المحتمل من الطرف الأقوى اقتصاديا (الموجب)، فهل يعد هذا كافيا لمواجهة الشروط التعسفية؟ وقبل الإجابة على هذا السؤال ينبغي إن نبين مايلي، أن القاضي يتدخل لإعادة التوازن بين التزامات الطرفين في عقد الإذعان حسب مقتضيات العدالة نتيجة الغبن أو الاستغلال إذا كان هناك غبن معاصر لتكوين العقد وفقا لنظرية الاستغلال التي تعطي الحق للقاضي في تعديل العقد ومعالجة الغبن الذي وقع أثناء تكوين العقد فيعدل من الشروط التعسفية أو يعفي منها الطرف الضعيف[١]، فيجوز للقاضي أن يتدخل في ظروف خاصة لتعديل العقد كمنحه أجل للمدين دون أن يمس جوهر الالتزام كما في (المهلة القضائية)، كما يمكن له أن يتدخل بتعديل احد شروط العقد كالشرط الجزائي[٢]، ويقول الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي على أن أهم الأحكام التي يستهدف القانون بها حماية الطرف المذعن هو ما جاء في المادة (١٤٩) مدني مصري وهذا حكم خطر خص به المشرع عقود الإذعان وخول بمقتضاه القاضي سلطة إجراء التعديل في شروطها التعسفية بل إهدارها إذا اقتضت مصلحة الطرف المذعن هذا الأمر وذلك في حين أنه وفقا للقاعدة العامة يقتصر دور القاضي بالنسبة إلى العقود على مجرد تفسيرها بغية إعمال حكم القانون فيها[٣].

ويرى: عبد المنعم البدراوي أنه لكي يضمن المشرع توفير هذه الحماية للطرف المذعن إضافة المادة (ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك)، فلا يجوز الاتفاق على سلب القاضي سلطة التعديل أو إلغاء بعض الشروط التي يراها تعسفية ذلك أنه لو كان من الجائر مثل هذا

---

(١) بن حامد، **عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن**، مرجع سابق، ص ٥٧.

(٢) الشرط الجزائي: (هو عبارة عن تعويض متفق علية بين المتعاقدين يوقعه الطرفان في حالتي عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ وليس شرطا أن يكون واردا في العقد بل يمكن أن يكون شرطا لاحقا ويضل معتبرا).

(٣) عبد الباقي، عبد الفتاح (١٩٨٤)، **موسوعة القانون المدني، نظرية العقد والإرادة المنفردة**، القاهرة: مكتبة نهضة مصر، ص ١٠٠.

الاتفاق لما تأخر الطرف القوي بان يجعله من شروط العقد ولانعدمت في الواقع الحماية القانونية التي وضعها للطرف المذعن[1].

ويقول:عبد المنعم فرج الصدة بمناسبة هذا النص (١٤٩) مدني مصري، يتضمن هذا النص إحدى الحالات البارزة في القوانين العربية الحديثة التي أعطيت للقاضي فيها سلطة تعديل العقد وهي سلطة تخرج عن حدود مهمته العادية التي تقتصر على التفسير، فإذا بان للقاضي أن عقد الإذعان يشتمل على شرط تعسفي كان له بمقتضى ذلك أن يعدل الشرط بحيث يزيل ما فيه من تعسف بل له أن يعفي الطرف المذعن منه إعفاء تاما وليس هناك من حدود لما يراه في هذا الشأن إلا ما تقتضيه العدالة وبهذا يصبح هذا الحكم أداة فعالة يستطيع بها القاضي إن يحمي الطرف المذعن من الشروط التعسفية التي يفرضها علية محتكر قانوني أو فعلي، وتقدير ما إذا كان الشرط تعسفيا مسألة وقائع يتبين منها القاضي في ضوء الظروف مدى ما في الشروط من جور وشدة، ولا يجوز للمتعاقدين إن يتفقا على سلب هذه السلطة إذ إن مثل هذا الاتفاق يكون باطلاً لمخالفته النظام العام، ولو جاز لتعطلت الحماية التي قصدها المشرع من ذلك الحكم، ولا يسري هذا الحكم في القانون اللبناني حيث لم يرد فيه نص يقرره[2]، كما أقر القضاء التزامات في صالح الطرف المذعن مع تخفيف عبأ الإثبات عنه، ففي ما يتعلق بعقد العمل فرض على رب العمل التزامات قانونية بأن يتخذ من الاحتياطات وأسباب الوقاية ما يحافظ به على سلامة العمال، مع التساهل في إثبات خطأ رب العمل وتقصيره في هذا الاتجاه، وفي ما يتعلق بعقد النقل رتب على العقد التزاما بمقتضاه يضمن الناقل سلامة المسافر وبذلك أصبحت مسؤولية الناقل عن إصابة المسافر مسؤولية عقدية وليست تقصيرية تكفل مركزا ممتازا من حيث الإثبات وقد قضي بأنه لايجوز للمؤمن إن ينازع في سقوط اشتراط عقد التأمين بدعوى إن الاشتراط كان مطبوعاً[3]، لذلك أصبح الآن تعديل العقد أو مراجعة شروطه امرأ مألوفا وذلك بقصد تحقيق هدفين:

---

(١) البدراوي، عبد المنعم، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المصري أشار إليها بن حامد، **عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن**، مرجع سابق، ص ١٦١.

(٢) الصدة (١٩٧٤)، **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، مرجع سابق، ص ٨٦.

(٣) استئناف مختلط، بتاريخ ٥ ابريل ١٩٠٥، ص١٨٨، أشار إليه بن حامد، **عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن**، مرجع سابق، ص١٦٧.

الهدف الأول: يهدف المشرع من تخويل القاضي سلطة تعديل العقد تجنبا عدم العدالة التي تنشأ من عدم المساس بالشروط الأولية الواردة في العقد وذلك في حالة ارتفاع الأسعار فعدم العدالة اللاحقة للتعاقد لا تقل شأنا عن عدم العدالة المتحققة وقت إبرام العقد.

الهدف الثاني: كما إن تعديل العقد يقصد به تحقيق المصلحة العامة وذلك تحقيقــا لمقتــضيات السياسية و الاقتصادية فقد يتدخل المشرع لخفض الادائات المالية المتفــق عليهــا لــيس لأن الأسعار قد انخفضت ويراد إعادة التوازن بين المتعاقدين، ولكن أيضا لأن المشرع يهدف من تخفيض الأسعار تحقيق سياسة محاربة الانكماش[١].

ونرى إن على القاضي القيام بفرض سلطته لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية على الرغم من إن مسالة تدخله في نص المادة (٢٠٤) مدني أردني (جوازيــة)، ويبــدوا أن جوازية تدخل القاضي هي تخيير له مابين (سلطتين) منحها إياه المشرع وهاتين السلطتين هما سلطة التعديل وسلطة الإعفاء، فالقاضي مخير بإجراء التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية ولو كان المقصود بــ(الجوازية) هي تدخل القاضي أو عدم تدخله لما أورد عبارة (ويقع باطلا كل أتفاق على خلاف ذلك) وهذا التفسير لنص المادة (٢٠٤) هو الأقرب للعدالة، ويستحسن لو قام المشرع بتعديل صياغة النص بما يعبر عن أرادته وبما يتوافق مــع مقتــضيات العدالــة. فعندما يتبين للقاضي وجود الشرط التعسفي في العقد عليه التدخل لرفع التعسف وهذا الــنص يعتبر حقا للطرف، ولا يجوز الاتفاق على عكسه وأن إي اتفاق على غيره يعتبر باطــل ولا اعتباراه سيما إن صلاحية المحكمة لحماية الطرف المذعن تعتبر من النظام العام وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني تعليق هام على نص المادة (٢٠٤) حيث جاء فيــه (إن للمحكمة الحق في إعادة التوازن بين المتعاقدين إذا كان العقد عقد إذعان وتضمن شروطا تعسفية فأعطى المحكمة الحق في إن تعدل من هذه الشروط تعديلا يخفف العبا الواقــع علــى عاتق الطرف المذعن أو تعفيه منها حسبما تقتضي به العدالة وحتى يوضع هذا النص موضع التنفيذ لم يكن هناك مناص من النص على بطلان كل اتفاق خلاف ذلــك)[٢] حيــث نجــد إن المشرع خول في المادة (٢٠٤) المحكمة الحق في إعادة التوازن بين المتعاقدين إذا كان عقد إذعان وتضمن شروطا تعسفية من خلال سلطة التعديل أو الإعفاء.

---

(١) سلطح، **القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية**، مرجع سابق، ص ١٨٣.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج١، ط٣، مطبعة التوفيق، عمان، ص ٢٣٢.

أما سلطة الإلغاء تتمثل في رقابة القاضي على إلغاء الشرط التعسفي فهو سلاح خطير في يد القاضي يستطيع بموجبه إذا ما تبين له وجود الشرط التعسفي إن يعطله فيعفي الطرف المذعن منه[1] كما لو كان الشرط متمثلا في شرط من شروط الإعفاء من المسؤولية جاز للقاضي إلغاء الشرط ليخضع العقد للقاعدة العامة وهنا تتضح السلطة الاستثنائية لقاضي الموضوع.

ويقول جانب من الفقه (إما عن رقابة الإلغاء فهي اشد جرأة من رقابة التعديل)[2] وبالتالي يعد هذا تحطيما لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

وتعديل الشروط التي يتضمنها عقد الإذعان أو إعفاء الطرف المذعن لا يجريه القاضي من تلقاء نفسه وإنما بناء على طلب الطرف المذعن حيث يطلب من القاضي إعمال تلك ألرخصه في إي حالة كانت عليها الدعوى أمام قاضي الموضوع ولكنه لا يجوز إن يطلب إعمالها أول مرة أمام محكمة النقض لأن التمسك بها يتخالط مع الواقع[3].

ولكن على الرغم من هذه السلطة الممنوحة للقاضي إلا أنه لا يستطيع إبطال الشرط التعسفي أو إنهاء العقد مادام متفقا مع النظام العام والآداب وإنما تنحصر سلطته في التعديل أو الإعفاء منه بما يعيد للعقد توازنه الاقتصادي ويحقق العدالة.

ونرى إن هذه المعالجة بدت قاصرة ويبدو وجه قصورها من جانبين فأما الأول فقد أحيط عقد الإذعان بمعايير لا يمكن بموجبها عد العقد (عقد إذعان) إلا إذا تحققت هذه المعايير ورغم أن هذه المعايير هي معايير فقهية إلا إن تبني القضاء لها جعل من نطاق المعالجة ضيقا، وأما الثاني فهو سلطة المحكمة في التفسير حيث نص المشرع على (لا يجوز إن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائنا) فقيد التفسير بالعبارة الغامضة مما اثأر خلافا بصدد إمكانية تفسير العبارة الواضحة من عدمه، والواقع إن غموض ووضوح العبارة لا يعني شيئا بالنسبة للمذعن مادام محتاجا للسلعة أو الخدمة محل العقد وإما العبارة الغامضة فالقضاء يملك سلطة تفسيرها واستجلاء غموضها لكن المشكلة تثور بصدد عبارة واضحة ومنطوية على شرط تعسفي لذا كانت المعالجة في عقود

---

(1) عبد السلام، **سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان**، مرجع سابق، ص ١٥.

(2) فوده، **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، مرجع سابق، ٣٦٢.

(3) سباتين، **الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان**، مرجع سابق، ص ١٣٧.

الإذعان معالجة قاصرة وهذا يستدعي من المشرع إن يقوم بتنظيم أحكام عقد الإذعان بشكل يتلاءم مع التطور الحاصل في المجتمعات من الناحيتين الاقتصادية و الاجتماعية و التي افرزه الحاجة إلى هذه العقود , ومن ثم على الدولة إن ترسم سياستها التشريعية وفق نصوص قانونية تمنع تحكم الطرف القوي، و هذا ما أكده مجمع الفقه الإسلامي في قراره المرقم ١٣٢(١٤/٦) في الفترة من ١١- ١٦ كانون الثاني عام ٢٠٠٣حيث قرر ما يلي[1]:

تقسم عقود الإذعان في النظر الفقهي إلى قسمين:

القسم الأول: ما كان فيه الثمن عادلا ولم يتضمن شروطه ظلما بالطرف المذعن فهو صحيح شرعا ملزم لطرفيه و ليس للدولة أو القضاء حق التعديل في شأنه أو إلغائه لانتفاء الموجب الشرعي لذلك إذ الطرف المسيطر للسلعة أو المنفعة باذل لها غير ممتنع عن بيعها لطالبها بالثمن الواجب عليه شرعا و هو عوض المثل أو غبن يسير (باعتباره معفواً عنه شرعا لعسر التحرز عنه في عقود المعاوضات المالية و تعارف الناس على التسامح فيه) ولان مبايعه المضطر ببدل عادل صحيحة باتفاق أهل العلم.

القسم الثاني: ما نطوى على ظلم بالطرف المذعن و كان فيه الثمن غير عادل (غبن فاحش) أو تضمن شروط تعسفية ضارة به فهذا يجب تدخل الدولة في شأنه ابتداء قبل طرحه للتعامل به، وذلك بالتسعير الجبري العادل الذي يدفع الظلم و الضرر عن الناس المضطرين إلى تلك السلعة أو المنفعة، بتخفيض السعر المبالغ فيه إلى ثمن المثل أو بإلغاء أو تعديل الشروط الجائرة بما يحقق العدل بن طرفيه و ذلك استنادا إلى ما يلي:

١. يجب على الدولة (ولي الأمر) شرعا دفع ضرر الاحتكار فرد أو شركة لسلعه أو منفعة ضرورية لعامه الناس عند امتناعه عن بيعها لهم بالثمن العادل (عوض المثل) بالتسعير الجبري العادل الذي يكفل الحقين، حق الناس بدفع الضرر الناشئ عن تعدي المحتكر في الأسعار والشروط وحق المحتكر بإعطائه البدل العادل.

---

[1] يونس، ذنون (٢٠١٠)، **التنظيم التشريعي لعقود الإذعان في القانون المدني العراقي، مجمع الفقه** الإسلامي الدولي، المنبثق عن منظمه المؤتمر الإسلامي، الدورة الرابعة عشر، الدوحة: قطر، بحث منشور في مجلة جامعه تكريت للعلوم القانونية و السياسية، العدد ٥، السنة الثانية، ص٥٦.

٢. إن في هذا التسعير تقديما للمصلحة العامة وهي مصلحة الناس المضطرين إلى السلع أو الخدمات و شرائها بثمن عادل على المصلحة الخاصة وهي مصلحة المحتكر الممتنـــع عن بيعها له إلا بربح فاحش أو شروط جائرة إذ من الثابت والمقرر في القواعد الفقهية (إن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة لمنع الضرر العام).

وقد تناولنا هذا القرار حيث وجدنا فيه مناسبة بما ينسجم والأفكار المطروحة المتواضعة من قبلنا وأنه يحقق ويوازن بين حق الناس بدفع الضرر عنهم والناجم من الشروط التعـــسفية في العقد وحق المحتكر بإعطائه البدل العادل وذلك من خلال أعطاء السلطة إلى ولي الأمـــر الذي يتجسد في القانون الوضعي بالمشرع الذي يتوجب علية التدخل تشريعيا لمعالجة الشروط التعسفية الواردة في العقد.

النتائج:

من خلال ما تقدم من هذه الدراسة توصلنا إلى النتائج التالية:

١- عدم تنظيم المشرع العراقي وكذلك الأردني والمصري عقود الإذعان رغم أهميتها وعدم قيامه بوضع تعريف محدداً وشاملاً لمفهوم عقد الإذعان، واقتصر على وصف القبول فيه لا أكثر.

٢- إن معظم التشريعات العربية لم تعطي تعريفا لمفهوم الشروط التعسفية باستثناء المشرع المغربي الذي أعطى تعريفا للشرط التعسفي بموجب المادة (٠٨- ٣١) من قانون حماية المستهلك الصادر في ٧ أبريل عام ٢٠١١، والمشرع الجزائري الذي أعطى تعريفا للشرط التعسفي بموجب القانون (٠٤-٠٢) في ٢٠٠٤/٦/٢٣.

٣- إن معالجة الشروط التعسفية في إطار عقود الإذعان معالجة قاصرة عن تحقيق الهدف المنشود، مما يتطلب توسيع دائرة هذه الحماية للطرف الضعيف (المذعن) حتى لايكون تحت رحمة الطرف القوي في العقد (الموجب).

٤- عدم وجود نص في القانون المدني العراقي يبين بأن عقد الإذعان لا يتم إلا مع من يتمتع بالاحتكار بل مناط عقد الإذعان هو التسليم لإيجاب موضوع ولا يقبل مناقشة ويستوي أن ينصب هذا الإيجاب على سلعة أو مرفق ضروري أو لا ينصب على هذا أو ذاك، لكن محكمة التمييز العراقية بينت في حكم لها بأن الاحتكار أحد خصائص عقود الإذعان فاتفقت بذلك إلى ما أتجه إليه الفقه الحديث في تحديد مفهوم عقد الإذعان، لكن انعدام السند القانوني لما تطلبه الفقه والقضاء من وجوب احتكار السلع والخدمات في نطاق عقد الإذعان.

٥- إن اختلاف وتعدد شركات التأمين مع وحدة شروطها وموقفها يؤدي إلى الاحتكار، ومثال ذلك في الأردن حيث يوجد الاتحاد الأردني العام لشركات التأمين الذي يعمل على تنظيم وإدارة شؤون قطاع التأمين وفق أهداف حددها النظام ويعمل على تحقيقها بالتعاون مع هيئة التأمين.

التوصيات:

في ضوء ماتقدم نوصي بما يلي:

١- تبني المشرع في كل من الأردن أو في العراق أو في مصر، تعريف عقد الإذعان وكذلك وضع تعريفا واضحا للشرط التعسفي وأن يقوم بتنظيم أحكام عقد الإذعان بشكل يتلاءم مع التطور الحاصل في المجتمعات من الناحيتين الاقتصادية والاجتماعية والتي أفرزت الحاجة لهذه العقود.

٢- تبني المشرع شروطا معينة بحيث إذا توافرت هذه الشروط في العقد عد العقد إذعاناً، على أن تكون هذه الشروط على سبيل المثال لا الحصر حتى تتوسع دائرة حماية الطرف المذعن ولا تضيق عند شرط محدد.

٣- نتمنى على المشرع العراقي تعديل المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي وكما يلي: (أ- في العقود التي ينفرد الطرف القوي بصياغتها وتحديد شروطها يكون للمحكمة سلطة تقدير الشروط التعسفية فتقوم بإلغائها أو تعديلها طبقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك، ب- يكون تفسير عبارات عقد الإذعان في مصلحة الطرف المذعن سواء كان دائناً أو مديناً).

٤- نتمنى على المشرع الأردني أن يقوم بتعديل صياغة نص المادة (٢٠٤) بما يعبر عن أرادة المشرع وذلك بوجوب تدخل القاضي لتعديل أو إعفاء الطرف المذعن من الشروط التعسفية في عقد الإذعان.

٥- أن يقوم المشرع بحصر عقود الإذعان قدر الإمكان من خلال تبنيه سياسة معينة للحد من الإذعان، كتشجيع المنافسة ودراسة المصالح التي تتناسب مع متطلبات الجميع وتغيير أنماط السلوك لدى الأفراد.

٦- يجب على الدولة محاربة الاحتكار ودفع ضرره سواء كان فرد أو شركة، لسلعة أو خدمة ذات منفعة ضرورية لعامة الناس، ومراقبة الأسعار من خلال وضع سقف معين يمنع تجاوزه وفرض التسعير الجبري العادل الذي يكفل حق المنتفعين من الخدمات أو المرافق الضرورية وحق المحتكر بحصوله على ثمن المثل.

وصلى الله وسلم وبارك على معلمنا وسيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيراً.

قائمة المراجع

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: الكتب القانونية:

١٠. أحمد، إبراهيم سيد (٢٠١٠)، **عقود الإذعان فقها وقضاء**، دار الكتب القانونية، القاهرة: دار شتات للنشر والبرمجيات.

١١. باسم محمد صالح عبدالله، **التأمين أحكامه وأسسه**، (بدون سنة نشر)، القاهرة: دار الكتب القانونية ودار أشتات للنشر والبرمجيات.

١٢. البدراوي، عبد المنعم (١٩٩٧)، **التأمين، فن التأمين، عقد التأمين، تأمين الأشخاص**، القاهرة: (بدون دار نشر).

١٣. الجمال، مصطفى محمد (٢٠٠١)، **السعي إلى التعاقد في القانون المقارن وسلطان الإرادة**، ط١، بيروت: منشورات الحلبي.

١٤. الجمال، مصطفى محمد (٢٠٠١)، **السعي إلى التعاقد في القانون المقارن**، ط١، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية.

١٥. جميعي، حسن عبد الباسط (١٩٩٠-١٩٩١)، **اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد**، دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات العربية المتحدة، القاهرة: دار النهضة العربية.

١٦. الحكيم، عبد المجيد (١٩٦٧)، **الوسيط في نظرية العقد**، ج١، بغداد: شركة الطبع والنشر الأهلية.

١٧. داود، خالد سعد الدين عبد العزيز(٢٠٠١)، **عنصر الخطر وما يترتب عليه من التزامات وجزاء الإخلال بها في عقد التأمين**، عمان: المكتبة الوطنية.

١٨. دسوقي، محمد إبراهيم (١٩٩٥)، **الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود**، الإدارة العامة للبحوث، المملكة العربية السعودية: معهد الإدارة العامة.

١٩. الرشوان، محمود علي (٢٠١٠)، **الغبن في القانون المدني**، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

٢٠. الرفاعي، احمد محمد (١٩٩٤)، **الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي**، القاهرة: دار النهضة العربية.

٢١. رمضان، وليد صلاح(٢٠٠٩)، **القوة الملزمة للعقد والاستثنائات الواردة عليها**، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، كلية الدراسات الإسلامية، جامعة الأزهر، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر.

٢٢. سرور، محمد شكري، **دروس في الأحكام العامة لعقد التأمين**، (بدون سنة نشر)، القاهرة: دار الفكر العربي.

٢٣. أبو السعود، رمضان (١٩٩٩)، **شرح مقدمة القانون المدني**، **النظرية العامة** للحق، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.

٢٤. سلطح، حمدي محمد إسماعيل (٢٠٠٦)، **القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية**، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الإسكندرية: دار الفكر الجامعية.

٢٥. سليم، أيمن سعد (٢٠١١)، **الشروط التعسفية في العقود**، **دراسة مقارنة**، القاهرة: دار النهضة العربية.

٢٦. سليم، محمد محي الدين (٢٠٠٧)، **التسلط الاقتصادي وأثره على التوازن العقدي**، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.

١. السنهوري، عبد الرزاق (١٩٣٤)، **نظرية العقد**، ط١، القاهرة: مطبعة دار الكتب المصرية.

٢. السنهوري، عبد الرزاق (١٩٥٢)، **الوسيط في شرح القانون المدني**، نظرية الالتزام، ج١، بيروت: دار إحياء التراث العربي.

٣. السنهوري، عبد الرزاق (١٩٨٣)، **الموجز في النظرية العامة للالتزام**، القاهرة: مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر.

٤. السنهوري، عبد الرزاق، **الموجز في النظرية العامة للالتزامات**، (بدون سنة نشر)، المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت: منشورات محمد الداية.

٥. الصدة، عبد المنعم فرج (١٩٤٦)، **عقود الإذعان في القانون المدني المصري**، القاهرة: مطبعة جامعة فؤاد الأول.

٦. الصدة، عبد المنعم فرج (١٩٥٨)، محاضرات في القانون المدني، **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، معهد الدراسات العربية العالية، القاهرة: جامعة الدول العربية.

٢٧. الصدة، عبد المنعم فرج (١٩٧٤)، **الاستغلال كسبب لإبطال العقد**، بيروت: دار الأحد للطباعة والنشر.

٢٨. الصدة، عبد المنعم فرج (١٩٧٤)، **الاستغلال كسبب لإبطال العقد**، بيروت: دار الأحد والبحيري إخوان.

٧. الصدة، عبد المنعم فرج (١٩٧٤)، **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، بيروت: دار النهضة العربية للطباعة والنشر.

٢٩. عبد الباقي، عبد الفتاح (١٩٨٤)، **دروس في مصادر الالتزام**، القاهرة: مكتبة نهضة مصر.

٣٠. عبد الحكم فودة (١٩٨٥)، **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، الإسكندرية: منشأة المعارف.

٣١. عبد الدايم حسين محمود (٢٠٠٨)، **العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني**، دراسة مقارنة، الإسكندرية: دار الفكر الجامعية.

٣٢. عبد الرحمن، حمدي (١٩٩٩)، **الوسيط في النظرية العامة للالتزامات**، ط ١، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، القاهرة: دار النهضة العربية.

٣٣. عبد الرحمن، حمدي (١٩٩٩)، **الوسيط في النظرية العامة للالتزامات**، ط ١، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، القاهرة: دار النهضة العربية.

٣٤. عبد السلام، سعيد (١٩٩٢)، **سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان**، القاهرة: الولاء للطباعة والتوزيع.

٨. عبد الفتاح،عبد الفتاح (١٩٨٤)، **نظرية العقد والإرادة المنفردة**، دراسة مقارنه بالفقه الإسلامي، موسوعة القانون المدني المصري، (بدون دار و مكان نشر).

٣٥. العبيدي، علي هادي (٢٠٠٦)، **العقود المسماة، البيع والإيجار**، عمان: دار الثقافة للطباعة والنشر.

٣٦. عصام أنور سليم، **عقد التأمين في القانون المصري واللبناني** (بدون سنة نشر)، ج١، ط١، القاهرة: مكتبة الدار الجامعية.

٣٧. عمر، نبيل إسماعيل (٢٠٠٨)، **سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية**، دراسة تحليلية وتطبيقية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة.

٣٨. عمران، السيد محمد السيد(٢٠٠٣)، **حماية المستهلك أثناء تكوين العقد**، الإسكندرية: الدار الجامعية.

٣٩. فقيه، هانية محمد علي (٢٠١٤)، **الرقابة القضائية على عقود الإذعان**، ط١، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

٤٠. فودة، عبد الحكم (١٩٩٩)، **البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة**، المنصورة: دار الفكر والقانون.

٤١. محمد محيي الدين إبراهيم (٢٠٠٧)، **التسلط الاقتصادي وأثره على التوازن العقدي**، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.

٤٢. محمود جلال حمزة (٢٠٠٥)، **التبسيط في شرح القانون المدني الأردني**، ج٤، العقود المسماة، عقد البيع، الإيجار، جمعية عمال، عمان: المطابع التعاونية.

٤٣. مرسي، محمد كامل (١٩٥٢)، **العقود المسماة، عقد التأمين**، ج٣، القاهرة: (بدون دار نشر).

٤٤. مرقص، سليمان (١٩٧٨)، **الوافي في شرح القانون المدني**، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ط٤، (بدون دار ومكان نشر).

٩. مهدي، عبد الرحمن (١٩٩٩)، **الوسيط في النظرية العامة للالتزامات**، الكتاب الأول، ط١، المصادر الإرادية للالتزام والعقد والإرادة المنفردة، القاهرة: دار النهضة العربية.

٤٥. **موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي**، ج١١، يصدرها المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية في مصر، القاهرة: مطابع الأهرام التجارية.

ثالثاً: الرسائل والأطاريح:

١. بديوي، محمد قالط (٢٠٠٦)، **الغبن والاستغلال في نطاق عيوب الإرادة**، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، المفرق، عمان، الأردن.

٢. التميمي، فتحي ماجد محمد (٢٠١٠)، دور المحكمة في تحقيق **التوازن العقدي في القانون المدني الأردني**، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية، عمان، الأردن.

٣. الجميلي، سليمان براك دايح (٢٠٠٢)، **الشروط التعسفية في العقود**، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة صدام، بغداد، العراق.

٤. بن حامد، لعشب محفوظ (١٩٩٨)، عقد **الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن**، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، الجزائر.

٥. حسبو، الفرازي (١٩٧٩)، أثر **نظرية الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن**، دراسة تأصيلية وتحليلية لنظرية الظروف الطارئة في القانون والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، مطبعة الجزيرة، الإسكندرية.

٦. الحيصة، علي مصبح (٢٠١١)، **سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد**، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن.

٧. الخشروم، عبدالله حسين (١٩٩٣)، **عيب الاستغلال في القانون المدني الأردني وفق الشريعة الإسلامية**، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.

٨. خلة، منال جهاد أحمد (٢٠٠٨)، **أحكام عقد الإذعان في الفقه الإسلامي**، رسالة ماجستير، كلية القانون والشريعة، الجامعة الإسلامية، غزة.

٩. الزبيدي، زهير (١٩٧٣)، **الغبن والاستغلال بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية**، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، مطبعة دار السلام، بغداد، العراق.

١٠. الزبيدي، محسن عبد المنعم هادي (٢٠٠٧)، **ضمانات توازن العقد القانونية**، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، بغداد، العراق.

١١. السباتين، خالد محمد أحمد (٢٠٠١)، **الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القدس، فلسطين.

١٢. الشديفات، علي محمد كساب (٢٠١٠)، حماية **المستهلك من الشروط التعسفية في العقد**، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة عمان العربية، عمان، الأردن.

١٣. شرف الدين، أحمد (١٩٨٣)، **أحكام التأمين في القانون والقضاء**، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الكويت، الكويت.

١٤. شريف، أحمد محمد (١٩٩٩)، **مصادر الالتزام في القانون المدني**، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، المفرق، عمان، الأردن.

١٥. الشيخلي، شيماء مصطفى احمد (٢٠٠٠)، **عقد الإذعان**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة صدام، بغداد، العراق.

١٦. عبد المجيد،عصمت (١٩٧٨)، **اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته**، أطروحة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، العراق.

١٧. ابن عمر، الهيثم، **حماية المستهلك من الممارسات الاحتكارية المؤدية للاذعان**، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة البحرين، البحرين.

١٨. الكلابي، حسين عبد الله عبد الرضى، **اختلال التوازن العقدي النـــاجم عـــن الـــشروط التعسفية**، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق.

١٩. النعيمات، موسى (٢٠٠٦)، **النظرية العامة للتأمين عن المؤسسة التأمينيـــة**، رســـالة دكتورا، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، الأردن.

٢٠. ياسمينة، مندي آسيا (٢٠٠٨)، **النظام العام والعقود**، رسالة ماجستير، جامعة يوسف بن خدا، كلية الحقوق، الجزائر.

رابعا: الأبحاث والمجلات:

١. الترمانيني، عبد سلام (١٩٦١)، **سلطة القاضي في تعديل العقود في القـــانون المـــدني السوري**، بحث منشور في مجلة المحامـــاة العـــدد الـــسادس، لـــسنة ١٩٦١، دمـــشق، الجمهورية العربية السورية.

٢. حداد، نزيه كمال، (٢٠٠٤)، **عقود الإذعان في الفقه الإسلامي**، بحث منشور في مجلة العدل، العدد ٢٤، شوال ١٤٢٥هـــ، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية.

٣. ذيب، علاء الدين محمد (٢٠٠٧)، الإذعان والمساومة في العقود الالكترونيـــة، بحـــث منشور،مجلة مؤتة للبحوث و الدراسات، المجلد(٢٢)، العدد (٢)، لسنة ٢٠٠٧، جامعـــة مؤتة، الكرك، الأردن.

٤. أبو الراغب، عمر (١٩٧٩)، الاستغلال في بيع السلم الزراعي، بحث منشور،مجلة نقابة المحامين، الأبحاث، الملحق رقم (٤)، كانون الثاني (١٩٧٩)، نقابة المحامين الأردنية، عمان، الأردن.

٥. سليم، الهيثم عمر (٢٠١٢)،حماية المستهلك من الممارسات الأحتكارية المؤديـــة إلـــى الإذعان، بحث منشور،مجلة الحقوق، المجلد (١٠)، العدد (٢)، لـــسنة ٢٠١٢-٢٠١٣، جامعة البحرين، البحرين.

٦. صالح، ذنون يونس (٢٠٠٥)، بحث منشور، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد (٥)، السنة الثانية، تكريت، العراق.

٧. الصدة، عبد منعم فرج (١٩٩٦)، **عقد الإذعان**، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون، العدد الأول السنة الرابعة، كلية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة.

٨. مجلة الأحكام العدلية.

٩. المساعدة، نائل (٢٠١٣)، **حكم الاستغلال في عقود المعلوماتية**، بحث منشور في المجلة الأردنية للدراسات الإسلامية، المجلد (٩)، العدد (١)، آذار ٢٠١٣، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن.

خامسا: القوانين:

١. القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.

٢. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

٣. قانون التأمين الإلزامي عن حوادث السيارات العراقي رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٦٤.

٤. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

٥. القانون المدني الجزائري لسنة ١٩٧٥.

٦. القانون المدني الليبي الصادر سنة ١٩٥٣.

٧. القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩.

٨. قانون الموجبات و العقود اللبناني الصادر سنة ١٩٣٢.

٩. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري.

١٠. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الأردني.

سادسا: قرارات المحاكم:

١. مجلة نقابة المحامين الأردنية.

٢. منشورات مركز عدالة.

٣. قضاء محكمة التمييز العراقية، النــشرة القــضائية س (١) ع (٣)، و س (٢٩) ع (١) و(٢).

سابعا: المعاجم اللغوية:

١. الرازي، محمد بن أبي بكر (٢٠٠٠) **مختار الصحاح**، ط١، القاهرة: دار الحديث للنشر.

٢. الفيومي، احمد بن علي (٢٠٠٠)، **المصباح المنير**، ط١، القاهرة: دار الحديث للنشر.

٣. قاموس **المنجد الأبجدي** (١٩٦٨)، ط٥، بيروت: مطبعة دار الشرق.

٤. ابن منظور، جمال الدين أبو الفضل (٢٠٠٣)، **لسان العرب**،تحقيق عامر احمد حيــدر، ط١، بيروت: منشورات محمد علي بيضون.

Summary

In our study we dealt with the adhesion contracts and its associated abusive clause imposed by the strong party on the weak party regardless the discussion in these conditions, and that's all in the Jordanian, Iraqi, Egyptian civil code and other Arabian codes and how these codes deal with these adhesion contracts.

The study consists of:

Introduction; in which we talked about the historical development of the adhesion contracts and its affecting factors, and briefly talked about the opinion of the Islamic law in the adhesion contracts.

The first chapter of the study is about the concept of the adhesion contracts and its features that distinguished this type of contracts from others, and the nature of this law.

Then we dealt with the concept of the abusive clause, its standers and kinds.

In the other hand we pointed out some of the contracts that in the first impression seems to be look like adhesion contracts and we showed similarities and differences between them.

Then we mentioned some types of the abusive clause such as the insurance contracts that considered by law one of the adhesion contracts, agricultural sale contract, and fool sale contract both these contracts are not to be considered a kind of adhesion contracts but they share the abusive clause with adhesion contracts.

The second chapter of the study is about the consequence effect of arbitrariness in the adhesion contracts and it's about the court authority in the modification or in the exemption of the adhesion contracts and then discretion of that legislative and judicial protection for the adhesion contract.

Conclusion: where we explained that the power of will on which the contracts are based (previously) declined because of the effect of the scientific progress and industrial development and as a consequence of this decline; public turned to new contracts in which the economic capacity varies and the abusive clause appeared in these contracts which imposed by the strong party for his economic superiority and regardless any discussion.

Then we showed that the legislative protection provided by this type of contracts is limited and needs to be reconsidered in order to make it broader and to grantee broader mandatory authority of the judge farther more to protect the weak party against the abusive clause.

In the result we mentioned some proposals that we hope they will be considered by the legislative and judicial law in order to reduce the adhesion contracts and to protect the weak party, and that’s all entitled by recommendations.